ميزان الكلام فيما اختلف فيه

من أدلة الأحكام

إعداد

دكتور / محمد عبد السميع فرج الله

أستاذ أصول الفقه المساعد

بكلية الشريعة والقانون بأسيوط

١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣ م

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين ، ورضى الله عن كل الصحابة والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين .

وبعد :

فإن الله شرع الشرائع لهداية العباد ، وتحقيق سعادتهم ، وبقاء استخلافهم حيث إنهم لم يخلقوا عبثاً ، بل خلقوا لأمر عظيم، بينه لهم في تشريعه الحكيم حيث قال تعالى "وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون " [1] وقد ختم المولى عز وجل هذه الشرائع بشريعة نبينا صلى الله عليه وسلم ، وجعلها ناسخة لكل الشرائع السابقة ، وكتب عليها أن تكون صالحة لكل زمان ومكان، فالناس يجدون فيها على اختلاف ألسنتهم وألوانهم ، وتباعد منازلهم ، وتفاوت اعراقهم وعاداتهم ، ما ينظمون به أحكام حياتهم ، وما به يفزون في معادهم ، فكانت هذه الشريعة ولا زالت وستظل تشع في الأرض تعاليمها السمحة ، التي تجعل الأمن والأمان دستور للمجتمعات الإنسانية على مرر الأزمان ، وما كثر الفساد ، وعم الضلال ، وعدم الأمن والأمان إلا بسبب انحراف الناس عن دين الله تعالى عقيدة وشريعة ، وعبادة

---

(١) سورة الذاريات الآية ٥٦ .

وأخلاقاً ومعاملة وتحكيماً وسياسة وتنظيماً ، وغاب شرع الله جل وعلا عن دنيا الناس ، ولم يبق له إلا باقية من صلوات تقام ، وأوراد تقرأ ، وأذكار تتلى ، وقرآن يتغنى به في المناسبات من أفراح واتراح ، ما لهذا جاءت شريعة الله ، التي أرادها سبحانه منهج حياة ، وسبيل سعادة وطرق فوز ونجاة [1].

هذا وقد خص الله الشريعة الإسلامية دون غيرها من الشرائع بمزايا تجعلها قادرة على أداء مهمتها ، وليتمكن الناس من العمل بها ، والسير على هديها والالتزام بحكمها .

ومن هذه المزايا جاءت مصادرها متعددة ، ومتنوعة المدارك ، لاستنباط ما يصلح حياة الناس من الأحكام التي تحقق مقاصد الشريعة في الخلق كما أرادها المولى عز وجل ومن هنا كانت المرونة ، وكان الاتساع ، وكانت الملائمة لكل زمان ومكان وكل شأن وحال .

هذا وإن من أهم العلوم التي توصل إلى معرفة أحكام الله علم أصول الفقه ، لأن العلوم الأخرى وسائل إليه ، فهو أشرف العلوم وأعظمها قدراً وأرفعها ذكراً ولما كان موضوع أدلة الأحكام الشرعية من بين مباحثه ، خصوصاً المختلف فيها بين العلماء والتي تعرف بالأدلة التبعية ، فقد عقدت العزم وأن ابحث عن موضوع من موضوعات هذا الفن ، فوقع اختياري على بحث

---

(1) مقدمة أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي للدكتور / مصطفي ديب البغا / ط الثالثة .

" ميزان الكلام فيما اختلف فيه من أدلة الأحكام " ولقد كان اختياري لهذا الموضوع نابعاً من قناعة كبيرة بأهميته ، ولما في هذه الأدلة من سعة دالة على مرونة هذه الشريعة الإسلامية وعالميتها ٠ بالإضافة إلى أن هذا الموضوع يبرز بشكل عملي معرفة ارتباط الأحكام الفرعية بأسسها وأصولها ،ويبين منهج الأئمة الأعلام في بنائهم الأحكام الفقهية على تلك القواعد في فتاويهم التي كانوا يفتون بها ٠

أما طريقتي في بحث هذا الموضوع ، فقد كنت أعرف كل دليل من الأدلة ـ المختلف فيها ـ وأذكر مذاهب العلماء في حجيته مرجحاً ما أراه رجحاً من أقوال العلماء ، ثم اختم الكلام في الدليل بذكر بعض فروع الفقه الإسلامي المبنية على اعتباره حجة شرعية ، ذاكراً أراء العلماء ودليل كل رأي ومرجحاً ما أراه راجحاً بالنسبة لكل فرع فقهي ٠

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

وصلى اللهم على سيدنا محمد في الأولين والآخرين

دكتور

محمد عبد السميع فرج الله سعيد

أستاذ أصول الفقه المساعد بجامعة الأزهر

خطة البحث :

قد استدعي بحث هذا الموضوع طبقاً لما تم عرضه في العنوان السابق أن أجعله في مقدمة وباب وخاتمة ،

أما المقدمة ، فذكرت فيها نبذة مختصرة عن مكانة وفضل وشرف علم أصول الفقه – الذي كان ليّ فضل الشرف في الانتساب إليه – كما بينت فيها أهمية هذا الموضوع ، وخطة البحث فيه ،

أما الباب فقد ضمنته عشرة فصول :

الفصل الأول : في الاستصحاب

وقد اشتمل علي أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الاستصحاب في اللغة والاصطلاح ،

المبحث الثاني : في أنواع الاستصحاب ،

المبحث الثالث : في مذاهب العلماء في الاحتجاج بالاستصحاب ،

المبحث الرابع : في أثر الاختلاف في جواز الاحتجاج بالاستصحاب ،

الفصل الثاني : في الاستحسان

وقد اشتمل علي أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الاستحسان في اللغة والاصطلاح ٠

المبحث الثاني : في أنواع الاستحسان ٠

المبحث الثالث : في مذاهب العلماء في الاحتجاج بالاستحسان ٠

المبحث الرابع : في أثر الاختلاف في جواز الاحتجاج بالاستحسان ٠

الفصل الثالث : في سد الذرائع

وقد اشتمل علي أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف سد الذرائع في اللغة والاصطلاح ٠

المبحث الثاني : في بيان أقسام الذريعة وحكم كل قسم ٠

المبحث الثالث : في آراء العلماء في الاحتجاج بسد الذرائع ٠

المبحث الرابع : في أثر الاختلاف في الاحتجاج بسد الذرائع ٠

الفصل الرابع : في قول الصحابة

وقد اشتمل علي أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الصحابي في اللغة والاصطلاح ٠

المبحث الثاني : في بيان طرق معرفة الصحابي ٠

المبحث الثالث : في مذاهب العلماء في الاحتجاج بقول الصحابي

المبحث الرابع : في أثر الاختلاف في جواز الاحتجاج بقول الصحابي ٠

الفصل الخامس : في المصلحة المرسلة

وقد اشتمل علي أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف المصلحة المرسلة في اللغة والاصطلاح ٠

المبحث الثاني : في أقسام المصلحة من حيث الاعتبار والإلغاء

المبحث الثالث : في آراء العلماء في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة ٠

المبحث الرابع : في اثر الاختلاف في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة ٠

الفصل السادس : في العرف والعادة

وقد اشمل علي خمسة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف العرف والعادة في الاصطلاح ٠

المبحث الثاني : في أقسام العرف والعادة ٠

المبحث الثالث : في شروط اعتبار العرف ٠

الفصل التاسع : **في الأخذ بأقل ما قيل**

وقد اشتمل علي ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في معناه ٠

المبحث الثاني : في آراء العلماء في الاحتجاج به ٠

المبحث الثالث : في أثر اختلاف العلماء في الأخذ بأقل ما قيل ٠

الفصل العاشر : **في الاستقراء**

وقد اشتمل علي أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريفه ٠

المبحث الثاني : في أنواعه ٠

المبحث الثالث : في آراء العلماء في الاحتجاج به ٠

المبحث الرابع : في أثر اختلاف العلماء في الأخذ بالاستقراء ٠

الخاتمة : في بيان أهم نتائج البحث التي توصلنا إليها ٠

الفصل الأول

في الاستصحاب

ويشتمل علي أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريفه ،

المبحث الثاني : في أنواعه ،

المبحث الثالث : في حجيته ،

ويشتمل علي مطلبين :

المطلب الأول : في تحرير محل النزاع ،

المطلب الثاني : في بيان مذاهب العلماء في الاحتجاج بالاستصحاب بصفة عامة ،

المبحث الرابع : في أثر الاختلاف في الاحتجاج بالاستصحاب ،

المبحث الأول

في تعريف الاستصحاب وبيان التعريف المختار

ويشتمل علي مطلبين :

المطلب الأول :

في تعريفه في اللغة والاصطلاح ٠

المطلب الثانـي :

التعريف المختار ٠

المطلب الأول

في تعريف الاستصحاب في اللغة والاصطلاح

أولاً : تعريفه في اللغة :

الاستصحاب في اللغة : استعفال مأخوذ من قوله ، استصحب القوم واستصحب الكتاب ، ويقال استصحب الرجل : دعاه إلي الصحبة ، وكل ما لازم شيئاً فقد استصحبه ، واصحبته الشيء ، جعلته له صاحباً واستصحب الحال : إذا تمسكت بما كان ثابتاً كأنك جعلت هذه الحالة مصاحبة غير مفارقة (١).

ثانياً : تعريفه في الاصطلاح :

عرف الأصوليون الاستصحاب بتعريفات كثيرة نكتفي بذكر أهمها :

١ – عرفه الإمام الأسنوي : بأنه عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناء علي ثبوته في الزمان الأول لعدم وجود ما يصلح للتغيير (٢) .

٢ – عرفه الإمام الغزالي : بأنه عبارة عن التمسك بدليل

---

(١) ينظر : تاج العروس ، فصل الصاد من باب الباء مادة صحب ج١ / ص ٣٣٢ ط / دار ليبيا للنشر والتوزيع ببنغازي ، والمعجم الوسيط باب الصاد مادة صحب ج١ / ص ٥٠٧ ولسان العرب - باب الصاد - مادة صحب ج٤ / ص ٢٤٠١ ، والمصباح المنير - كتاب الصاد - مادة صحب ص ١٢٧ .

(٢) ينظر : نهاية السول ج٤ / ص ٣٥٨ .

عقلي أو شرعي وليس راجعاً إلي عدم العلم بالدليل بل إلي دليل مع العلم بانتفاء المغير أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في البحث والطلب [١].

٣ ــ وعرفه الطوفي بتعريف هو قريب من تعريف الإمام الغزالي حيث قال : هو التمسك بدليل عقلي أو شرعي لم يظهر عنه ناقل [٢].

٤ ــ وعرفه ابن السبكي فقال : هو ثبوت أمر في الزمن الثاني لثبوته في الأول لعدم وجدان ما يصلح أن يكون مغيراً بعد البحث التام [٢].

٥ ــ وعرفه ابن الهمام بأنه : الحكم الظني ببقاء أمر تحقق سابقاً ولم يظن عدمه بعد تحققه [٣].

٦ ــ وعرفه ابن القيم : بأنه استدامة إثبات ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منفياً [٤].

ما توصلنا إليه من خلال النظر في التعريفات السابقة :

١ ــ إن معظم هذه التعريفات معانيها متقاربة فهي تعني أن الاستصحاب : هو عبارة عن سريان الحكم الثابت بدليل في

---

(١) ينظر : المستصفي ج١ / ص ٣٧٩ - ٣٨٠ .

(٢) ينظر : البلبل في أصول الفقه للطوفي ص ١٣٨ ط مكتبة الإمام الشافعي- الرياض .

(٢) ينظر : الإبهاج شرح المنهاج ج٣ / ص ١٧٣ .

(٣) ينظر: تيسير التحرير ج٤ / ص ١٧٦ ، والتقرير والتحبير ج٣ / ص ٢٩٠

(٤) ينظر : أعلام الموقعين لابن القيم ج١ / ص ٢٩٤ .

زمن سابق إلي زمن لاحق لنفس الدليل لعدم وجود ناسخ أو مخصص لهذا الدليل ٠

٢ ــ إن شرط اللجوء إلي الاستدلال بالاستصحاب ــ عند القائلين بحجيته ــ هو البحث عن الدليل المغير لحكم الحادثة المعروضة الذي ثبت لها في الماضي وعدم إمكان العثور عليه أو وجدانه ، فيحصل لدى المجتهد بعد البحث والاستقصاء في المصادر الشرعية المتفق عليها ، ولم يظفر بأي دليل مغير يحصل لديه عندئذ ظن بعدم الدليل ، والظن بعدم الدليل المغير أو المزيل يستلزم النقيض ، وهو الظن بالبقاء والاستمرار للحكم السابق ، فلا يجوز إذا الاستدلال بالاستصحاب علي حكم الواقعة المعروضة قبل هذا البحث لفقدان شرط العمل به ، والشيء لا يوجد بدون شرطه بل لا يصح لأن حكمة هذا الشرط هو جعل الاستصحاب آخر الأدلة ، فأي دليل من الأدلة المعتبرة يعثر عليه المجتهد يقدم عليه إذا عارض الحكم السابق ، وهذا معني قول الأصوليين : الأصل بقاء ما كان علي ما كان حتى يوجد الدليل المغير [١]٠

توضيح ما سبق في تحديد معني الاستصحاب ببعض الأمثلة من واقع الفقه الإسلامي والتي ثبت الحكم فيها بالاستصحاب :

---

(١) ينظر : بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله للدكتور / محمد فتحي الدريني ص ٣٥٣ ـ ٣٥٤ ، والاستصحاب عند الأصوليين أد / أحمد عبد العزيز السيد ص ٣١ ، ٣٢ ط بداري بأسيوط ٠

١ ـ الحكم باستمرار ثبوت الزوجية بناء علي عقد الزواج الصحيح شرعاً والملكية في المبيع بناء علي عقد البيع الصحيح شرعاً ، فإن كلاً من الزوجية والملكية تقتضي أدلة ثبوتهما بقاءهما استمرارهما حتي يوجد ما يزيلهما وهذا يعني استمرار وجود ما ثبت وجوده حتى يدل الدليل علي ذهابه والحكم باستمرار عدم ما لم يثبت وجوده حتي يقوم الدليل علي وجوده ٠

المطلب الثاني

في بيان التعريف المختار

ما قاله علماء الأصول في تحديد معني الاستصحاب نرى أن التعريف المختار هو ما ذهب إليه الإمام ابن القيم بقوله استدامة إثبات ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منفياً. لأن هذا التعريف فيه تفصيل لصفة الحكم المستصحب من حيث كونه سلباً أو إيجاباً، وفي ذلك زيادة توضيح وبيان للمعّرف ، وهو ما يتناسب مع التعريفات [1] .

---

(١) ينظر : أعلام الموقعين لابن القيم ج١ / ص ٢٩٤ .

المبحث الثاني

في أنواع الاستصحاب

ذكر الأصوليون للاستصحاب أنواعاً خمسة وهي :

١ ـ استصحاب البراءة الأصلية :

وهو استصحاب العدم الأصلي المعلوم ، وذلك كبراءة الذمة من التكليف حتي يقوم الدليل علي التكليف بأمر من الأمور ، فإذا لم يقم كانت الأمور مباحة للإنسان أن يتناولها [(١)].

ومثاله: دعوى الشخص علي آخر ديناً ، وإنكار المدعى عليه ، لأن الله تعالى خلق الذمم غير مشغولة بشيء حتى يثبت شغلها بالدليل [(٢)].

٢ ـ استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه :

كالحل : إن ثبت مرتبطا بأمر ثابت فإنه يستمر حتى يقوم الدليل علي خلافه وذلك كاستصحاب الطهارة ، فإن وصف الطهارة إذا ثبت أبيحت الصلاة ، فيستصحب هذا الحكم حتى يثبت خلاف هذا الوصف وهو الحدث [(٣)] .

---

(١) ينظر : تشنيف السامع للزركشي ج٣ / ص ١٨ ، وشرح اللمع لأبي إسحاق ج٢ / ٩٨٦ وقواعد الأصول ص ٧٥ ، والمستصفي ج١ / ص ١٢٨ ، وإرشاد الفحول ج٢ / ص ٢٥١ ، العدة ج٤ / ص ١٢٦٢ .

(٢) ينظر : التلخيص ج٣ / ص ١٢٩ .

(٣) ينظر : الآيات البينات ج٤/ ص ٢٢٩ ، والمستصفي ج١ / ص ٣٧٩ وجمع الجوامع مع شرح المحلي وحاشية العطار ج٢ / ص ٣٨٨ .

٣ ـ استصحاب ما دل العقل والشرع علي ثبوته واستمراره لوجود سببه : كالملك عند وجود سببه ، فإنه يثبت حتى يوجد ما يزيله ، وكشغل الذمة بدين ثبت بسبب قرض ، أو كان ثمن مبيع ، أو كان عن إتلاف أوجب ضماناً ، ففي هذه الأحوال تشغل الذمة بالدين حتى يؤدي أو تكون البراءة منه أو تجري المقاصة [١].

٤ ـ استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع :

ومثاله : المتيمم إذا رأي الماء بعد الشروع بالصلاة ، فالإجماع منعقد علي صحة شروعه بالصلاة ، وأن صلاته صحيحة لو انتهت قبل رؤية الماء فيستصحب حكم الصحة المجمع عليه حال عدم رؤية الماء إلي حال ما بعد الرؤية المتنازع فيه .

وعرفه الهندي في نهاية الوصول : بأن يحصل الإجماع علي حكم في حال ، فيتغير الحال ، ويقع الاختلاف فيستصحب حال الإجماع من لم يقل بتغير الحال [٢].

٥ ـ استصحاب العموم إلي أن يرد دليل التخصيص ،

---

[١] ينظر : نشر البنود ج٢ / ص ٢٥٤ ، ونهاية الوصول ج٨ / ص ٣٩٥٥ والإبهاج ج٣ / ص ١٦٩ ، والكوكب المنير ج٤ / ص ٤١٩ ، ومراقي السعود ص ٣٩٨ ، والبحر المحيط ج٦ / ص ٢٠ ، وأثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي للدكتور / مصطفي ديب ج٢ / ص ١٨٧ ط دار القلم بدمشق .

[٢] ينظر : نهاية الوصول ج٨ / ص ٣٩٥٦ ، وروضة الناظر ج٢ / ص ٥٠٩ ، وشرح الكوكب المنير ج٤ / ص ٤٠٧ ، وميزان الأصول ص ٦٦٤ ، والقواطع ج٢ / ص ٣٥ .

واستصحاب النص حتى يرد النسخ . [١]

هذا وقد اختلف الأصوليون في تسمية هذا النوع بالاستصحاب فأثبته الجمهور من الأصوليين ، ومنعه المحققين ، منهم إمام الحرمين ،وابن السمعاني وغيرهم وحجتهم : أن ثبوت الحكم فيه من ناحية اللفظ لا من ناحية الاستصحاب ، واختاره الشنقيطي في نشر البنود ، ونقله عن الأبياري من المالكية وعن إمام الحرمين[٢] .

---

(١) ينظر : المستصفي ج١ / ص ١٢٨ ، وإعلام الموقعين ج١ / ص ٣٤١ ، وشرح المحلي ص ٢٨٤ ، وروضة الناظر ص ٨٠ .

(٢) ينظر : البحر المحيط ج٦ / ص ٢١، ونشر البنود ج٢ / ص ٢٥٤ ، والبرهان ج٢ / ص ١١٣٦ والإبهاج ج٣ / ص ١٨١ .

المبحث الثالث

في حجية الاستصحاب

ويشتمل علي مطلبين :

المطلب الأول

في تحرير محل النزاع

قبل بيان مذاهب العلماء في الاحتجاج بالاستصحاب لابد من تحرير محل النزاع فنقول :

١ ــ الأحكام الشرعية الثابت وجودها واستمرارها بالنص الصريح ليست محلاً للاستصحاب ، لأن قوة استمرار الحكم قد ثبت بمنطوق النص الصريح المثبت لوجوده بخلاف الاستصحاب ، لأن ظن بقاء الشيء لازم لوجوده وليس صريحاً فيه ٠

٢ ــ والحكم الشرعي الذي دل دليله علي بقائه واستمراره لمدة محدودة ، لا خلاف في وجوب العلم به بهذا الدليل نفسه ما بقيت المدة ، ولا يبقي بعد انتهائها [١].

٣ ــ الحكم الشرعي الذي دل دليله علي ثبوته مطلقا ، وبقي بعد وفاة النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ لا خلاف أن العمل

---

(١) ينظر : أدلة التشريع المختلف في الاحتجاج بها للدكتور / عبد العزيز الربيعه ص ٢٧٨ والاستصحاب عند الأصوليين أد/ أحمد عبد العزيز السيد ص ٣٨ ٠

به واجب .

٤ ـ أخرج بعضهم من محل النزاع : كل حكم ثابت بالعدم الأصلي ، أو بالبراءة الأصلية مثل حكم العقل بفراغ الذمة من التكاليف قبل ورود الشرع ، يستمر هذا الحكم في المستقبل حتى يرد من الشارع ما يغيره ، أي : ينقله عن العدم الأصلي فاستمراره بحكم العقل والشرع جاء مؤيداً له ، ولا حاجة إلي الاستصحاب ، لأن الاستصحاب يستدل به حيث لا دليل علي الاستمرار أو الزوال ، وهذا دليله قائم وهو العقل [١].

٥ ـ كما أخرج بعضهم من محل النزاع : الحكم الذي أقامه الشارع علي سبب فإن استمراره هو مقتضى السبب لا بالاستدلال بالاستصحاب .

ومن خلال ما سبق نستطيع أن نحدد محل النزاع فيما يأتي :

أ ـ الحكم الذي دل الدليل علي وروده فقط في الماضي ، ولم يتعرض لبقائه أو زواله ، ولم يقم دليل آخر علي ذلك أي علي هذا البقاء أو الزوال ، وقد قام المجتهد بالبحث عن هذا الدليل فلم يعثر عليه ، فإن استصحاب هذا الحكم ـ حينئذ ـ واعتباره مستمراً متتبعاً آثاره هو محل خلاف بين الأصوليين .

ب ـ وكذلك استصحاب الوصف ، سواء أكان الوصف أصلياً أم طارئاً ، مما يستتبع أحكاماً شرعية ، إذا ما وجد أو

---

[١] ينظر : بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله للدكتور / محمد فتحي الدريني ص ٣٨٤ .

تحقق في الماضي ، ولم يدل دليل علي بقائه أو زواله ، كوصف الحياة ، وهو وصف أصلي ٠ بالنسبة إلي الغائب المفقود الذي لا يدري مكانه ولا يدري أحي هو أم ميت ؟ ٠

وإلي هذا أشار الإمام البخاري بقوله : فأما إذا كان الحكم ثابتاً بدليل مطلق ، غير متعرض للزوال والبقاء ، وقد طلب المجتهد الدليل المزيل بقدر وسعه ، ولم يظهر ، فقد اختلف فيه [١].

هذا وبعد تحرير محل النزاع نرجع إلي بيان حكم كل نوع من أنواع الاستصحاب فنقول :

١ ــ استصحاب البراءة الأصلية وموقف العلماء من هذا النوع :

ذكر ابن القيم : بأن هذا النوع هو المراد غالباً عند إطلاق الاستدلال بالاستصحاب [٢]٠ وهو حجة عند جمهور العلماء ــ من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم ــ خلافاً للمعتزلة [٣]٠

وقد أدعي بعض العلماء فيه الاتفاق علي حجيته وهو الإمام تاج الدين السبكي ٠

---

(١) ينظر: كشف الأسرار علي أصول البزدوي ج٣ / ص ٦٦٢ ، وبحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ص ٣٩٥ ٠

(٢) ينظر : إعلام الموقعين ج١ / ص ٣٤١ ٠

(٣) ينظر : تشنيف المسامع ج٣ / ص ٤١٨ ، والإبهاج ج٣ / ص ١٨١ ، والبحر المحيط ج٦ / ص ٢٠ ، وتقريب الوصول ص ١٤٦ ، والمسودة ص ٤٨٨ وشرح تنقيح الفصول ص ٤٧٧ ٠

وقال القاضي أبو الطيب : وهذا حجة عند القائلين بأنه لا حكم قبل الشرع ٠

وقال الإمام الرازي في المحصول : المختار عندنا أنه حجة، وهو قول المزني والصيرفي وكذلك هو قول الغزالي وابن سريج [١].

وذهب أكثر المتأخرين من الحنفية : إلي أنه حجة في النفي الأصلي دون إثبات الحكم الشرعي ، أي أنه حجة في الدفع لا في الإثبات ، فلا يصلح حجة لبقاء الأمر علي ما كان ، بحيث تترتب آثار جديدة علي اعتباره ، بل يدفع به دعوى تغير الحال التي كانت ثابتة بحيث تترتب أحكام علي ذلك أيضاً ، ومما قال بهذا : القاضي الإمام أبو زيد ، والشيخان وصدر الإسلام أبو اليسر ٠

وذهب كثير من الحنفية وبعض الشافعية وأبو الحسن البصري وجماعة من المتكلمين : إلي أنه ليس بحجة أصلاً لإثبات أمر لم يكن ولا لبقاء ما كان علي ما كان [٢]

٢ ــ استصحاب الوصف المثبت للحكم الشرعي حتى يثبت خلافه وموقف العلماء منه :

وهذا النوع لا خلاف بين العلماء في وجوب العمل به وأنه

---

(١) ينظر : المستصفي ج١ / ص ٢٢٢ ، وشرح الكوكب المنير ج٤ / ص ٤٠٤ والآيات البينات ج٤ / ص ١٨١ ، والمحصول ج٢ / ص ٥٤٧ ٠

(٢) ينظر : كشف الأسرار علي أصول البزدوي ج٣ / ص ٣٧٧ ، وشرح العضد علي مختصر المنتهى ج٢ / ص ٢٨٤ ، والإحكام للآمدي ج٤ / ص ١١١ وإعلام الموقعين ج١ / ٣٤١ ، والأحكام لابن حزم ج٣ / ص ٧٧٢ ٠

حجة حتى وإن تنازع الفقهاء في بعض أحكامه لتجاذب المسألة أصلين متعارضين ، مثاله : أن مالكاً منع الرجل إذا شك أحدث أم لا ، عن الصلاة حتى يتوضأ ، لأنه إن كان الأصل بقاء الطهارة ، فإن الأصل بقاء الصلاة في ذمته ، فإن قلتم لا تخرجه من الطهارة بالشك قال مالك ولا ندخله في الصلاة بالشك ، فيكون خرج منها بالشك ، فإن قلتم تيقن الحدث قد ارتفع بالوضوء ، فلا يعود بالشك ، قال منازعهم : ويقين البراءة الأصلية قد ارتفع بالوجوب، فلا يعود بالشك فأين هذا من تجويز الدخول بالشك [١].

٣ – استصحاب ما دل العقل والشرع علي ثبوته واستمراره لوجود سببه وموقف العلماء منه :

وهذا النوع حجة عن جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم .

قال الإمام الرازي : المختار عندنا أنه حجة وهو قول المزني وأبي بكر الصيرفي خلافاً للجمهور من الحنفية والمتكلمين أ هـ [٢].

لكن الموجود في كتب الحنفية : المذهب أنه حجة لا بقاء ما كان ، لأنه ترجيح جانب الوجود في الوجود ، وليس بحجة

---

(١) ينظر : إعلام الموقعين ج١ / ص ٣٤٣ ، والأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي أد / عبد الحميد إسماعيل ص ٢٥ ط دار السلام .

(٢) ينظر : المحصول ج٢ / ص ٥٤٩ ، والإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٧٢ ، وشرح العضد علي مختصر المنتهي ج٢ / ص ٢٤٨ ، والمعتمد ج٢ / ص ٣٢٥ ، وشرح تنقيح الفصول ص ٤٤٧ ونشر البنود ج٢ / ص ٢٥٤ ، والإبهاج ج٣ / ص ١٦٩ .

لإثبات أمر لم يكن [١].

٤ ــ استصحاب حكم الإجماع في محل النزاع وموقف العلماء فيه :

وهذا النوع اختلف العلماء فيه علي مذهبين :

المذهب الأول : وهو لفريق من العلماء منهم : المزني ، والصيرفي ، وابن حامد ، وأبو عبد الله الرازي ، وهؤلاء يرون أنه حجة وذكر الزنجاني أنه مذهب الشافعي .

ومن خلال النظر في الفروع وأدلتها نستطيع أن نقول : إن ظاهر مذهب مالك وأحمد رحمهما الله كمذهب الشافعي كما سيوضح ذلك عند الكلام في أثر الاستصحاب فيما بعد إن شاء الله تعالى [٢].

المذهب الثاني : وهو لفريق من العلماء منهم الغزالي ، وأبو الطيب الطبري والقاضي أبو يعلي ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وابن الزعفراني وهؤلاء يرون أنه ليس بحجة [٣]

وقد أشار الإمام الغزالي إلي هذا المذهب فقال : لا حجة في

---

(١) ينظر : التوضيح لمتن التنقيح ج٢ / ص ١٠١ ، والبحر المحيط ج٦ / ص ١٨ وتشنيف السامع ج٣ / ص ٤٢٠ ، وفواتح الرحموت ج٢ / ص ٣٥٩ .

(٢) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ج٢ / ص ١٩٠ .

(٣) ينظر : إعلام الموقعين ج١ / ص ٣٤٣ ، والآيات البينات ج٢ / ص ١٨٦ وتخريج الفروع علي الأصول للأسنوي ص ٢١ ، والبحر المحيط ج٦ / ٢٢ ومختصر المنتهى ج٢ / ص ٢٨٤ ، وتيسير التحرير ج٤ / ص ١٧٧ ، وشرح الكوكب ج٤ / ٤٠٦ .

استصحاب الإجماع في محل الخلاف ، خلافاً لبعض العلماء [١]، وهذا ما رجحه المحلي في شرحه علي جمع الجوامع إذ قال : ولا يحتج باستصحاب حال الإجماع في محل الخلاف [٢].

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بأن استصحاب الإجماع في محل الخلاف ليس بحجة بأدلة منها :

١ ـ أن الاحتجاج باستصحاب الحال يؤدي إلي التكافؤ ، وذلك أن ما من أحد يستصحب حال الإجماع في موضع الخلاف إلا ولخصمه أن يستصحب حال الإجماع في مقابله ، وبيانه : أن من قال في مسألة التيمم : إذا رأي الماء في أثناء صلاته لا تبطل ، لأنا أجمعنا علي صحة صلاته فلا يبطل الإجماع إلا بدليل ٠

قيل له : أجمعنا علي اشتغال ذمته بغرض الصلاة ولا يسقط إلا بدليل [٣] ولا يكون التعليق بأحد الإجماعين بأولى من التعليق بالإجماع الآخر ، وما أدي إلي مثل هذا يكون باطلاً ٠

٢ ـ أن العقل دل علي البراءة الأصلية بشرط أن لا يدل دليل السمع ، فلا تبقي له دلالة مع وجود دليل السمع ، وههنا انعقد الإجماع بشرط العدم ، أي : عدم وجود الماء في صورة

---

(١) ينظر : المستصفى ج١ / ص ١٢٨ ٠

(٢) ينظر : حاشية البناني ج٢ / ص ٣٥٠ ، والإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٨٥ ٠

(٣) ينظر : الإبهاج ج٣ / ص ١٨٢ ، والتبصرة ص ٥٢٧ ، والبحر المحيط ج٦ / ص ٢٣ ، وشرح الكوكب ج٤ / ص ٤٠٧ ، وقواطع الأدلة ج٢ / ص ٣٨ وشرح اللمع ج٢ / ص ٩٨٩ ، وتشنيف المسامع ج٣ / ص ٤٢٦ ٠

المتيمم المتقدمة ، فانتفي الإجماع عند الوجود [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني القائلون بأن استصحاب الإجماع في محل الخلاف حجة بأدلة منها :

١ ــ ما قاله ابن قدامه : من أن تبدل حال المجمع علي حكمه أولاً كتبدل زمانه ومكانه وشخصه ، فإن تبدل هذه الأمور وتغيرها لا يمنع استصحاب ما ثبت له قبل التبدل ، فكذلك تبدل وصفه وحاله لا يمنع الاستصحاب حتى يقوم الدليل علي أن الشارع جعل ذلك الوصف الحادث ناقلاً للحكم مثبتاً لضده [٢].

ونوقش هذا : بأن ذلك وهم باطل ، لأن كل ما ثبت جاز أن يدوم وأن لا يدوم ، فلابد لدوامه من سبب ودليل سوى دليل الثبوت .

٢ ــ أن ما ثبت بالعقل من براءة الذمة يجب استصحابه في موقع الخلاف ، فكذلك ما ثبت بالإجماع .

ونوقش هذا : بأنه إنما وجب استصحاب براءة الذمة ، لأن دليل العقل في براءة الذمة قائم في موضع الخلاف ، فوجب استصحاب حكمه ، وليس كذلك ههنا ، لأن الإجماع الذي أوجب الحكم قد زال في موضع الخلاف ، فوجب طلب الدليل علي إثبات حكمه [٣].

---

(١) ينظر : المستصفي ج١ / ص ٣٨١ .

(٢) ينظر : أعلام الموقعين ج١ / ص ٣٤١ .

(٣) ينظر : القواطع ج٢ / ص ٣٧ ، والتمهيد ج٤ / ص ٢٦١ ، وأحكام الفصول ص ٦٥٩ والتبصرة ص ٥٢٩ .

الرأي الراجح : بعد ذكر مذاهب العلماء وأدلتهم في هذه المسألة يتبين لنا أن رأي المذهب الأول هو الراجح وذلك لقوة أدلتهم ولردهم علي أدلة الخصم ومناقشتها بما يجعلها ضعيفة لا تنهض لمعارضة أدلتهم ٠

والله أعلم

٥ ـ استصحاب العموم إلي أن يرد دليل التخصيص ، واستصحاب النص حتى يرد النسخ وموقف العلماء منه :

قال الإمام الزركشي : لم يختلف أصحابنا في أنه حجة وإن كانوا قد اختلفوا في تسميته بالاستصحاب كما أشرنا إلي ذلك فيما سبق [١].

هذا ما ذكرته كتب الأصول من مذاهب الأصوليين والفقهاء في بيان أنواع الاستصحاب وحكم كل نوع ، والذي تبين لنا باستقراء ما ورد عنهم أن جميع الأنواع السابقة قد وقع فيها خلاف بين العلماء ما عدا النوع الخامس فقط فهو محل اتفاق ٠

---

(١) ينظر : تشنيف المسامع ج٣ / ص ٤١٩ ، والبحر المحيط ج٦ / ص ٢١ ، ونشر البنود ج٢ / ص ٢٥٤ ، والبرهان ج٢ / ص ١١٣٦ ، والإبهاج ج٣ / ص ١٨١ ، وإعلام الموقعين ج١ / ص ٣٤١ ، والمستصفي ج١ / ص ١٢٨ ، وشرح المحلي ص ٢٨٤ ، وروضة الناظر ص ٨٠ ٠

المطلب الثاني

في بيان مذاهب العلماء في الاحتجاج بالاستصحاب بصفة عامة

تمهيد :

يري الأستاذ أبو زهرة أن الأئمة الأربعة قد أخذوا بالاستصحاب علي خلاف بينهم في مدى الأخذ به ٠

قال في كتابه ابن حنبل تحت عنوان الاستصحاب : هذا أصل فقهي ، قد أجمع الأئمة الأربعة ومن تبعهم علي الأخذ به ، ولكنهم اختلفوا في مقدار الأخذ به ، فأقلهم أخذاً به الحنفية ، وأكثرهم أخذا به الحنابلة ثم الشافعية ، وبين الفريقين المالكيه ويظهر أن مقدار أخذ الأئمة بالاستصحاب كان تابعاً لمقدار الأدلة التي توسعوا فيها [١]٠

إذا تمهد هذا فنقول :

اختلف الأصوليون في الاحتجاج بالاستصحاب علي مذاهب ثلاثة :

المذهب الأول :

أنه حجة مطلقا ، سواء كان الثابت به نفياً أصلياً أو حكماً

---

(١) ينظر : ابن حنبل ص ٢٨٩ ،وتأسيس النظر ص ١٠ - ١٣ ، وأثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ج٢ / ص ١١٩ - ١٢٠٠

شرعاً ، أي أنه حجة في النفي والإثبات ، وإلي ذلك ذهب الأكثرون من أصحاب مالك والشافعي وأحمد وغيرهم [١].

المذهب الثاني :

أنه حجة في النفي الأصلي دون إثبات الحكم الشرعي ، أي أنه حجة في الدفع لا في الإثبات ، فلا يصلح حجة لبقاء الأمر علي ما كان ، بحيث تترتب آثار جديدة علي اعتباره ، بل يدفع به دعوى تغيير الحال التي كانت ثابتة بحيث ترتب أحكام علي ذلك أيضاً ، وإلي ذلك ذهب وهو مذهب أكثر المتأخرين من الحنفية كما أنه مذهب الإمام أبو زيد والشيخان وصدر الإسلام أبو اليسر [٢].

المذهب الثالث :

أنه ليس بحجة أصلاً ، لا لإثبات أمر لم يكن ، ولا لبقاء ما كان علي ما كان وإلي ذلك ذهب كثير من الحنفية وبعض الشافعية وأبو الحسين البصري وجماعة من المتكلمين [٣].

---

(١) ينظر: البرهان ج٢ / ص ١١٣٥ ،والمحصول ج٢ ق ٣ / ص ١٤٨ ، وشرح تنقيح الفصول ص ٤٤٧ ، وشرح العضد علي مختصر المنتهى ج٢ / ص ٢٨٤ ، وشرح الكوكب المنير ج٤ / ص ٤٠٣ ، وشرح مختصر الروضة ج٣ / ص ١٤٨ .

(٢) ينظر : كشف الأسرار علي أصول البزدوي ج٣ / ص ٣٧٧ ، وأعلام الموقعين ج١ / ص ٣٤١ ، وتيسير التحرير ج٤ / ص ١٧٧ ، والتقرير والتحبير ج٣ / ص ٢٩٠ ، ومناهج العقول ج٣ / ص ١٢٩ .

(٣) ينظر : تشنيف المسامع ج٣ / ص ٤٢١ ، وأعلام الموقعين ج١ / ص ٣٤١ ، وكشف الأسرار ج٣ / ص ٣٧٧ ، وشرح العضد ج٢ / ص ٢٨٤ ، والإحكام للآمدي ج٤ / ص ١١١ ، وأثر الاختلاف ص ٤٤٠ .

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول : القائلون بأنه حجة مطلقا بأدلة منها :

١ ـ قوله تعالى : "قُلْ لا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ " [١] ٠

وجه الدلالة :

أن هذه الآية أوضحت بأن الأصل في الأشياء الإباحة ، وهذا احتجاج بعدم الدليل ٠

٢ ـ قوله صلى الله عليه وسلم (إن الشيطان يأتي أحدكم فيقول : أحدثت أحدثت فلا ينصرفن حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً) [٢]٠

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم باستدامة الوضوء عند الاشتباه ،وهو عين الاستصحاب ٠

٣ ـ استدلوا كذلك بالإجماع بقولهم أن الإجماع منعقد علي أن الإنسان لو شك في وجود الطهارة ابتداء لا تجوز له الصلاة

---

(١) سورة الأنعام آية ١٤٥ ٠

(٢) رواه أبو داود (ينظر : سنن أبي داود ج١ / ص ٣٩) ومسلم (ينظر : صحيح مسلم ج٤ / ص ٤٩ والبخاري (ينظر : فتح الباري ج١ / ص ٢٣٧

ولو شك في بقائها جازت له الصلاة ، ولو لم يكن استصحاب الأصل في كل متحققاً دوامه للزم : أما جواز الصلاة في الصورة الأولى أو عدم جواز الصلاة في الصورة الثانية ، وهو خلاف الإجماع [١].

٤ ــ بالمعقول :

حيث قالوا : إن الحكم إذا ثبت بدليل ولم يثبت له معارض قطعا ولا ظنا يبقي بذلك الدليل أيضاً ، ولهذا كان الحكم الثابت بالنص باقياً بذلك النص بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ، لأن النسخ متعذر ، حينئذ يظل الدليل قائماً وواجباً العمل به استصحاباً [٢].

واستدل أصحاب المذهب الثاني : القائلون بأنه حجة في الدفع دون إثبات الحكم الشرعي بأدلة منها :

قالوا إن ثبوت الحكم في الزمن الثاني لا دليل عليه من وجهين :

الوجه الأول : أن العقل لا يدل علي بقاء الحكم الشرعي بعد ثبوته وكذلك دلائل الشرع ــ الكتاب والسنة والإجماع

---

(١) ينظر : الأحكام للآمدي ج٤ / ص ١٢٧ ، ونهاية الوصول ج٨ / ص ٣٩٥٨ ونهاية السول ج٤ / ص ٣٦٧ ، وكشف الأسرار ج٣ / ص ٣٧٩ ، وشرح العضد ج٢ / ص ٢٨٥ ، وأعلام الموقعين ج١ / ص ٣٤١ ، والمحصول ج٣ / ص ٧٧٧ ، وأصول الفقه للشيخ زهير ج٤ / ص ١٧٨ والمستصفي ج١ / ص ١٢٧ ، وروضة الناظر ص ٧٩ ـ ٨٠ .

(٢) المرجع السابق نفس الصفحة .

والقياس ــ لم يدل شيء منها علي بقاء الحكم بعد الثبوت .

الوجه الثاني : أن الدليل إنما دل على ثبوت الحكم في الزمن الأول فقط ولا يلزم من ثبوت الحكم في الزمن الأول ثبوته في الزمن الثاني ، لأن موجب الوجود ليس موجباً للبقاء [1].

واستدل أصحاب المذهب الثالث : القائلون بأنه ليس بحجة مطلقة ــ لا في النفي ولا في الإثبات ــ بأدلة منها :

١ ــ قالوا إن الاحتجاج بالاستصحاب عمل بدون دليل ، وكل عمل بدون دليل باطل ، أما الأولى ، فلأن الدليل إنما دل علي ثبوت الحكم واستمراره لا دليل عليه .

وأما الثانية : وهي كل عمل بدون دليل باطل فإنها واضحة، لأن كل عمل سواء كان مفروضاً أو مندوباً فإنه لابد له من دليل ، فإذا لم يكن هناك دليل يدل علي حكمه ، فإنه حينئذ يكون باطلاً .

٢ ــ قالوا إن الاستصحاب يؤدي إلي التعارض في الأدلة وكل ما أدى إلي هذا فهو باطل ، لأن من اثبت حكماً استصحاباً أو نفاه استصحاباً كان لخصمه استصحاب خلافه مقابلاً فمن قال زيد ليس عليه دين لعمرو الآن ولا في الزمن المستقبل استصحاباً لبراءة الذمة حتى يقدم الدليل ، فإن لخصمه أن يقول براءة الذمة مستقبلاً كذلك تحتاج إلي دليل يدل علي نقاء الذمة وخلوها من

---

(١) ينظر : كشف الأسرار ج٣ / ص ٣٨٠ .

الدين وحيث لا دليل حينئذ تكون دعواك باطلة ، وهو جعل الاستصحاب حجة علي خلو الذمة من الدين [١]، كذلك فإن الاستدلال بالاستصحاب مبني علي أن الأصل في كل شيء دوامه واستمراره ، فلو كان الأصل في كل شيء استمراره لكان حدوث جميع الحوادث علي خلاف الدليل المقتضى لاستمرار عدمها وهو خلاف الأصل .

ونوقش الدليل الأول بما يأتي :

قالوا بأن الحكم في الزمن الثاني قد ثبت بواسطة استصحاب الزمن الأول فهو إثبات له فيه الدليل ، والقول بأن الاستصحاب ليس دليلاً هو عين المتنازع فيه [٢].

ونوقش الدليل الثاني : بأن هناك فرقاً بين الحوادث وغيرها وذلك لوجود السبب لحدوث الحوادث ، ونفي حكم الدليل مع وجوده لعارض أولى من إخراجه عن الدلالة وإبطاله بالكلية مع ظهور دلالته [٣] .

---

(١) ينظر : كشف الأسرار ج٣ / ص ٣٧٩ ، وأثر الاختلاف ص ٤٣٩ وتخريج الفروع علي الأصول ص١٧٣ .
(٢) ينظر: أصول الشيخ زهير ج٣ / ص ١٨٠ ، وشرح العضد ج٢ / ص ٢٨٥
(٣) ينظر : نهاية الوصول ج٨ / ص ٣٩٦٧ ، ومنتهى الوصول ص ٢٠٤ .

الرأي الراجح

بعد ذكر مذاهب العلماء وأدلتها ، ومناقشة هذه الأدلة نري رجحان أن الاستصحاب حجة مطلقة ، وهو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول ،وذلك لقوة أدلتهم وردهم علي غيرهم من أصحاب المذاهب الأخرى ، هذا بالإضافة إلي أن الاستصحاب لا بد منه في الدين والشرع والعرف ـ كما ذكره الإمام الغزالي ـ فلا معنى للمعجزات إلا باستصحاب الحال للعادات والتي تأتي المعجزة بخرقها ، ولا معني للمعاملات والصلات بين الناس إلا علي استصحاب الأحوال التي كانت المفارقة عليها وأخيراً فلا معني للتعبد بالشرع ، ولا يمكن العمل به إلا إذا علمنا ـ وغلب علي الظن ـ أنه لم يطرأ علي ما تعبدنا به نسخ أو رفع ، وهذا هو الاستصحاب ، والأمة متفقة مع كثرة اختلاف الفقهاء علي أنه متي تيقن حصول شيء وشككنا في حصول المزيل أخذنا بالتيقن ، وهذا هو عين الاستصحاب [1] .

---

(١) يـنظر: المحصـول ج٢ / ص ٧٧٧ ، وإعـلام الموقعيـن ج١ / ص ٣٤٣ وتخريج الفروع علي الأصول ص ٢١ ، والمستصفي ج١ / ص ١٢٨ وأثر الأدلة المختلف فيها ص ١٩٧ ، والبحر المحيط ج٦ / ص ٢٥ .

المبحث الرابع

في أثر الاختلاف في جواز الاحتجاج بالاستصحاب

لقد كان للخلاف في اعتبار الاستصحاب حجة في الدفع والإثبات ، أو اعتباره حجة في الدفع فقط ، أو عدم اعتباره مطلقاً أثر في الاختلاف في عدد من الفروع الفقهية بين المذاهب أهمها :

الفرع الأول

الوضوء مما يخرج من البدن من غير السبيلين

اختلف الفقهاء فيما يخرج عن البدن من النجاسات من غير السبيلين هل ينقض الوضوء أم لا ؟ .

أ ـ فذهب الإمام الشافعي ومالك ـ رحمهما الله ـ إلي أنه لا ينتقض بالوضوء بشيء يخرج من غير السبيلين قل أو كثر [١].

وأدلة أصحاب هذا المذهب :

استدل الإمام الشافعي ومن تبعه بالاستصحاب ، وذلك أن الأصل عدم النقض فيستصحب هذا الأصل حتى يثبت الدليل بخلافه ولم يثبت ، فيبقي علي الأصل من عدم النقض ، وكذا قبل الخروج غير ناقض بالإجماع ، فيستصحب هذا الحكم بعد الخروج وفي هذا

---

(١) ينظر : المجموع شرح المهذب ج٢ /ص ٥٨ ، والموطأ ج١ /ص ٢٢ ، ٢٥ .

يقول المحلي في شرح جمع الجوامع :

الخارج النجس من غير السبيلين لا ينقض الوضوء عندنا، استصحاباً لما قبل الخروج من بقائه المجمع عليه أهـ [١] كما يحتمل أن يكون حجة الإمام مالك في ذلك عمل أهل المدينة [٢].

ب ـ وذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه ـ رحمهم الله ـ إلي أن ما يخرج من البدن من النجاسات ينقض الوضوء ، وإن كان خروجه من غير السبيلين ، وإنما ينقض الخارج عندهم إذا جاوز مكانه ، والقيء إذا كان ملء الفم [٣].

واستدل الإمام أبو حنيفة وأصحابه بما يأتي :

قوله صلى الله عليه وسلم (من قاء أو عرف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن علي صلاته ما لم يتكلم) [٤] .

وجه الدلالة : أن الحديث واضح الدلالة حيث بين أن ما يخرج من غير السبيلين من نجاسات كالقيء أو العرف ينقض الوضوء كثيراً أو قليلاً .

ج ـ وذهب الإمام أحمد ومن تبعه إلي : أنه ينتقض الوضوء بالكثير منه دون القليل [٥] .

---

(١) ينظر : شرح جمع الجوامع ج٢ / ص ٣٥٠ .
(٢) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ج٢ / ص ٢٠٢ ، وبحوث في الأدلة المختلف فيها أد/ محمد السعيد عبد ربه ص ٢٧ .
(٣) ينظر : الهداية وشرح بداية المبتدي ج١ / ص ٢٤ ـ ٢٦ .
(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه عن عائشة ـ رضي الله عنهما ـ بشيء من الاختلاف في ألفاظه (ينظر : سنن ابن ماجه ج١ / ص ٣٨٥) .
(٥) ينظر : المغني ج١ / ص ١٣٥ ـ ١٣٦ .

واستدل علي مذهبه بما يأتي : -

أ - ما روى معدان بن طلحة عن أبي الدرداء - رضى الله عنه - (أن النبي - صلى الله عليه وسلم قاء فتوضأ) قال معدان : فلقيت ثوبان في مسجد دمشق ، فذكرت له ذلك فقال ثوبان : صدق ، أنا صببت له وضوءه [١].

وجه الدلالة : أن الحديث قد دل علي وجوب الوضوء علي من قاء وقد أكد راوي الحديث بأن سأل ثوبان الذي كان شاهد عيان .

وأما حجته في أن الذي ينقض الكثير دون القليل أن ذلك هو المشهور عن الصحابة ولم يعرف لهم مخالف [٢].

الفرع الثاني

إرث المفقود

المفقود وهو الذي لا تعلم حياته أو موته ، اختلف العلماء فيه هل يعتبر كالميت فتوزع تركته علي وارثيه ، وإذا مات أحد ممن يرثهم هو لا يحتفظ له بنصيبه ، أو أنه يعتبر حياً فلا توزع تركته ، وإذا مات أحد ممن يرثهم هو احتفظ له بنصيبه ؟

---

(١) أخرجه الترمذي (ينظر : سنن الترمذي ج١ / ص ٥٨) .

(٢) ينظر : اثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ج٢ / ص ٢٠٣ .

خلاف بين الأئمة هاك بيانه :

١ ـــ ذهب الإمام مالك والشافعي ـــ رحمهما الله ـــ إلي أنه يعتبر حياً في حق نفسه ، وكذلك في حق غيره إلي أن يعلم حياته أو موته ، أو يمضي من الزمان ما لا يعيش إلي مثله غالباً [١].

وعلي هذا فلا يورث ماله ولا تتزوج امرأته بل تستمر علي ذمته ولا تؤخذ وديعته من مودعه وكذا يعتبر حيا في حق غيره [٢].

واستدلا علي ما ذهبا إليه بما يأتي :

قالوا إن الأصل حياته فيستصحب هذا الأصل حتى يظهر خلافه ، وعلي هذا فلا يورث إلا بيقين ، وإذا ثبت أنه لا يورث استصحاباً لحياته ، ثبت توريثه من مورثه إذا مات ، لأن الاستصحاب حجة في الإثبات كما هو حجة في الدفع [٣].

٢ ـــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلي أنه يعتبر حياً في حق نفسه فلا توزع تركته بل تستمر علي حكم ملكه إلي أن تتحقق وفاته ، ولا يعتد به في توزيع التركة علي ورثة المتوفى [٤].

---

(١) ينظر : المنهاج للنووي ج٣ / ص ٢٦ ، ٢٧ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٥٢ ، والشرح الكبير ج٤ / ص ٤٨٧ .

(٢) ينظر : بحوث في الأدلة المختلف فيها أد / محمد سعيد ص ٦٤ .

(٣) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٥٢ ، والأم للشافعي ج٤ / ص ٤ ، ٥ ، ومغني المحتاج ج٣ / ص ٢٧ .

(٤) ينظر : فتح القدير ج٤ / ص ٤٤٦ ، وبداية المبتدي ج٤ / ص ٤٤٤ ، والدر المختار ج٤ / ص ٢٩٣ .

واستدل أبو حنيفة وأصحابه علي مذهبهم بما يأتي :-

بالاستصحاب أيضاً غاية الأمر أن الاستصحاب عندهم لا يصلح حجة لاثبات الحقوق وإنما حجة عندهم في الدفع [١].

٣ – وذهب الإمام أحمد ابن حنبل ومن تبعه إلى : أنه يعتبر حياً في حق نفسه وحق غيره مدة أربع سنوات من غيابه فإذا مضت أربع سنوات اعتبر ميتاً في حق نفسه وحق غيره ، فتوزع تركته ولا يرث في أحد مات ممن يرثهم [٢].

واستدل الإمام أحمد علي مذهبه من اعتبار ميتاً مطلقاً بما يأتي :

بالقياس حيث قاسوا هذه الحالة علي حالة التفريق بينه وبين زوجته بعد مضي أربع سنوات ،والحكم بجواز تزويجها بعد مضي فترة العدة من حين التفريق وأيدوا هذا القياس بقولهم إن الظاهر هلاكه فأشبه ما لو مضت مدة لا يعيش إلي مثلها .

وهذا الفرع من أشهر الفروع التي تبرز أثر الخلاف في اعتبار الاستصحاب حجة في الدفع والإثبات أو في الدفع فقط [٣].

---

(١) ينظر : المرجع السابق .
(٢) ينظر : المغني ج٦ / ص ٣٨٩ .
(٣) ينظر : اثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ج٢ / ص ٢٢٣ .

الفرع الثالث

الشفعة للجار والشريك

اتفق الفقهاء علي أن الشفعة تكون للشريك الذي لم يقاسم، واختلفوا في ثبوتها للشريك المقاسم والجار ، هل تثبت لهما أم لا ؟

١ ـ فذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد ـ رحمهم الله ـ إلي أنه لا شفعة لهما [(١)].

واستدلوا علي مذهبهم بالسنة والاستصحاب :

أما السنة :

ما روي من حديث جابر رضى الله عنه قال (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) [(٢)].

وجه الاستدلال : أن قوله صلى الله عليه وسلم (إذا وقعت الحدود فلا شفعة) صريح في أنه لا شفعة للشريك المقاسم ، وإذا كانت غير واجبة للشريك المقاسم فهي احرى أن لا تكون واجبة للجار ، علي أن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم ، وبهذا المعنى يكون الحديث صريحاً في أنه لا شفعة للجار .

---

(١) ينظر : الشرح الكبير ج٣ / ص ٤٧٤ ، ومغني المحتاج ج٢ / ص ٢٩٧ والمغني لابن قدامه ج٥ / ص ٢٣٠ .

(٢) رواه الإمام البخاري (ينظر : فتح الباري ج٣ / ص ١١٤) .

أما الاستصحاب فأنهم قالوا : إن الأصل أنه لا ينتقل مالك شخص إلي آخر إلا برضاه فيعمل بهذا الأصل استصحاباً إلا أن يدل علي خلاف ذلك ، والدليل قائم علي مخالفة هذا الأصل في الشريك الذي لم يقاسم ، فيبقي ما عداه علي الأصل ، فلا تثبت الشفعة لسواه [١]، كما أن للإمام مالك دليل آخر ، وهو إجماع أهل المدينة .

٢ ـ وذهب أبو حنيفة ومن تبعه إلي ثبوت الشفعة للمقاسم والجار .

واستدلوا علي مذهبهم بأدلة منها :-

قول النبي صلى الله عليه وسلم (الشفعة لشريك لم يقاسم) [٢].

وجه الاستدلال :

قالوا إن الحديث يدل علي ثبوت الشفعة للشريك إذا كانت الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، أما إذا باع بعدها، ولم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار ، فحينئذ لا شفعة ، ومفهومه أنه إذا بقى له حق في المدخل ثبتت له الشفعة .

---

(١) ينظر : الأم ج٣ / ص ٢٣٢ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٢٥٢ .

(٢) رواه الإمام مسلم (ينظر : صحيح مسلم بشرح النووي ج٣ / ص ١٢٢٩ ، ونصب الراية ج٤ / ص ١٣٢ .

الفرع الرابع

الصلح مع الإنكار

اختلف العلماء في جواز الصلح مع الإنكار

١ ــ فذهب الإمام الشافعي : إلي أن الصلح مع الإنكار باطل [١].

واستدل علي ذلك بالاستصحاب :

حيث قال إن الأصل براءة الذمة من الحقوق ، لأنها خلقت فارغة ولم يقم الدليل علي شغل الذمة ، فلا يجوز شغلها بالدين ، فلا يصح الصلح [٢].

٢ ــ وذهب الأئمة أبو حنيفة ومالك وأحمد ــ رحمهم الله ــ إلي أن الصلح مع الإنكار جائز [٣].

واستدلوا علي مذهبهم بما يأتي :ـ

إطلاق قوله تعالى (والصلح خير) فإنه يتناول اضرب الصلح الثلاثة بإطلاقه كما قال الحنفية .

قال صاحب البداية : والصلح علي ثلاثة اضرب ، صلح مع

---

(١) ينظر : الأم ج٣ / ص ١٩٦ .

(٢) ينظر : تخريج الفروع علي الأصول ص ١٧٣ ، وأثر الأدلة المختلف فيها ج٢ / ص ٢١٦ .

(٣) ينظر : الهداية ج٧ / ص ٢٤ ، والشرح الكبير ج٣ / ص ٣١١ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٢٩٠ ، والمغني ج٤ / ص ٣٥٧ .

الأقرار ، وصلح مع السكوت ، وهو أن لا يقر المدعي عليه ولا ينكر ، وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز ٠

الفرع الخامس

حكم الطلاق الواقع بالإيلاء

اتفق العلماء علي أن الطلاق الذي لا يكون بالإيلاء إما أن تكون به المرأة بائنة بينونة صغرى أم بينونة كبرى أما الطلاق الواقع بعد الإيلاء هل هو بائن أو رجعي ؟ ٠

فقد اختلف الفقهاء فيه علي مذاهب :

١ ــ فذهب مالك والشافعي ــ رحمهما الله ــ إلي أنه رجعي سواء طلق هو أم طلق عليه الحاكم [١].

واستدلوا علي دعواهم بالاستصحاب :

حيث قالوا إن الأصل في الطلاق إذا وقع علي الزوجة وكانت مدخولاً بها ولم يكن الطلاق بعوض ولا طلقة ثالثة أن يكون رجعياً ولا يعدل عن الأصل إلا بدليل ولا دليل هنا علي أنه بائن فيقع رجعياً ٠

٢ ــ وذهب أبو حنيفة وأصحابه ، إلي أن طلاق الإيلاء بائن [٢].

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ١٠١ ، والشرح الكبير ج٢ / ص ٤٣٨ ، والأم ج٥ / ص ٢٧٥ ٠

(٢) ينظر : بداية المبتدي ج٣ / ص ١٨٤ ٠

واستدلوا علي دعواهم بما يأتي : -

قالوا إن المقصود من إيقاع الطلاق تخليصها عن ضرر التعليق ، ولا يحصل التخليص بالرجعي ، لأنه يجبرها علي الرجعة فوقع الطلاق بائناً [١].

٣ ـ وعن الإمام أحمد روايتان : إحداهما أنه رجعي مطلقاً، والأخرى أن تطليق الحاكم يقع بائناً [٢].

الرأي الراجح :

بعد ذكر مذاهب العلماء وأدلتهم تبين لنا أن رأي الإمام الشافعي ومن تبعه هو الراجح وذلك لقوة أدلتهم واستصحاباً للأصل ٠

---

(١) الهداية وشروحها ج٣ / ص ٩٨٥ ٠

(٢) ينظر : المغني ج٧ / ص ٥٦٣ ٠

الفرع السادس

حكم المتيمم إذا وجد الماء أثناء الصلاة

اتفق الفقهاء علي أن المتيمم إذا وجد الماء قبل الصلاة بطل تيممه ووجب عليه استعمال الماء ، كما أنهم اتفقوا علي أنه إذا لم يجد الماء قبل الصلاة جاز له الدخول في الصلاة كانت صلاته صحيحة ، إذا اتمها ولم يجد الماء خلالها ٠

واختلفوا فيما إذا وجد الماء خلال الصلاة ، هل يبطل تيممه، أو أنه لا يبطل بل يسمر في صلاته وتكون صحيحة ؟ ٠

١ ـ ذهب أبو حنيفة وأصحابه إلي أنه ينتقض تيممه وتبطل صلاته ويجب عليه استعمال الماء واستئناف الصلاة [١]٠

واستدلوا علي مذهبهم :

بقوله صلى الله عليه وسلم (الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين ، فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك)[٢]

وجه الدلالة :

قالوا إن الحديث دل بمفهومه علي أنه لا يكون التراب طهوراً عند وجود الماء وبمنطوقه علي وجوب أمساسه الجلد عند وجوده ٠

---

(١) ينظر : حاشية رد المحتار ج١ /ص ٢٥٥ ، وتأسيس النظر للدبوسي ص ٦٠

(٢) حديث صحيح رواه البزار عن أبي هريرة - رضى الله عنه - ينظر : الجامع الصغير للسيوطي ص ٥٠ ، ونصب الراية ج١ /ص ٢١٩ ٠

٢ – وذهب الإمام الشافعي ومالك : إلي أنه لا يبطل تيممه، وصلاته صحيحة ، وليس عليه أن يقطعها بل يتمها بتيممه [١].

واستدلوا علي دعواهم بالاستصحاب :

حيث قالوا : أنه شرع بصلاته ، وصلاته صحيحة بتيممه، فتستصحب هذه الصحة حتى آخر صلاته ، وما جاز له أول الصلاة جاز له آخرها، وربما دعموا قولهم هذا بأن القول ببطلان صلاته فيه إبطال عمله والله تعالى يقول (ولا تبطلوا أعمالكم) [٢]

٣ – وذهب الإمام أحمد إلي : مثل ما ذهب إليه أبو حنيفة في المشهور من مذهبه وعنه رواية أخرى مثل قول الشافعي ومالك [٣].

هذه بعض الفروع الفقهية التي بنيت علي الاستصحاب وهي جاءت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، لأن هناك فروع كثيرة في الفقه الإسلامي مبني الحكم فيها على اعتبار الاستصحاب حجة ودليل على الأحكام ، وهذا عند من اعتبره كذلك، كما ذهب البعض إلي اعتباره حجة في الدفع دون الإثبات ، وذهب البعض الآخر إلي عدم اعتباره حجة مطلقا فلم يبني عليه أي حكم من أحكام التشريع الإسلامي .

---

(١) ينظر : الموطأ ج١ / ص ٥٥ ، والأم ج١ / ص ٤١ ، والمجموع ج٢ / ص ٣٤٢ .

(٢) سورة محمد من الآية ٣٣ .

(٣) ينظر : المغني ج١ / ص ١٩٧ .

هذا ومن الفروع الفقهية أيضاً : ـ

١ ـ الجمع بأذان وإقامتين في عرفه ٠

٢ ـ وجود الهدى بعد الشروع في التمتع ٠

٣ ـ الهدى على المحصر بعدو ٠

٤ ـ دعوى أنه علي دين قريبة المتوفى عند موته ٠

٥ ـ وجود الدية في الشعور ٠

٦ ـ ادعيا عيناً في يد ثالث ٠

٧ ـ القضاء بالنكول ٠

٨ ـ أكل الكلب المعلم من الصيد ، وغير ذلك من الفروع التي يضيق المجال عن ذكرها ٠

اقتضاءاً لموضوع البحث ، لكن من أراد الوقوف على مذاهب العلماء فيها فليراجع كتب الفقه الإسلامي ، والله تعالى أعلى وأعلم ٠

تتمة

في القواعد الفقهية التي بنيت على الاستصحاب

استنبط الفقهاء بعض القواعد الفقهية من الاستصحاب نذكر بعضها هنا فيما يلي : ـ

القاعدة الأولى : **اليقين لا يزال بالشك** :

وقد انبنى علي هذه القاعدة الحكم ببقاء وضوء المتوضئ يقيناً ثم شك في انتقاض هذا الوضوء ، لأن اليقين لا يزال بالشك ٠

القاعدة الثانية : **الأصل بقاء ما كان على ما كان** :

وقد انبنى على هذه القاعدة فروع كثيرة كإرث المفقود الذي سبق الحديث عنه ٠

القاعدة الثالثة : **الأصل براءة الذمة** :

وقد بينا ما بني علي هذه القاعدة من فروع كالحكم ببراءة الذمة حتى يقوم دليل على عدم براءته ٠

والله أعلم

الفصل الثاني

في

الاستحسان

ويشتمل علي أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريفه في اللغة والاصطلاح ٠

المبحث الثاني : في أنواعه ٠

المبحث الثالث : في مذاهب العلماء في الاحتجاج به ٠

المبحث الرابع :في أثر الاختلاف في جواز الاحتجاج بالاستحسان

المبحث الأول

في تعريف الاستحسان

للاستحسان تعريف في اللغة وآخر في الاصطلاح ٠

أولاً : تعريفه في اللغة :

هو استفعال مأخوذ من الحسن الذي يطلق علي ما لا حرج في فعله ، وعلي ما أمر الشارع بالثناء علي فاعله يقال : حسّن الشيء جعله حسناً ، وزينه ورقاه واحسن حالته ، واستحسنه : عده حسناً ، والأحسن الأفضل[1] ٠

ثانياً : تعريفه في الاصطلاح :

اختلف العلماء في تعريف الاستحسان في الاصطلاح وأشهر هذه التعريفات ما يأتي :

١ ــ عرفه الإمام الغزالي فقال :

ما يستحسنه المجتهد بعقله ، وقال عن هذا التعريف إنه : هو الذي يسبق إلي الفهم ٠

كما عرفه بأنه : هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها بدليل خاص ٠

٢ ــ وعرفه أبو الحسن الكرخي الحنفي فقال :

---

(١) ينظر : تاج العروس ج٤ / ص ١٧٥ ، والمعجم الوسيط ج١ / ١٧٤ ، ولسان العرب ج٢ / ص ٨٧٧ ، والمصباح المنير ص ٥٢ ٠

هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلي حكم آخر ، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول .

٣ ـ وعرفه أبو إسحاق الشاطبي فقال :

هو العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلي حكم آخر ، لوجه أقوى يقتضي هذا العدول [١].

٤ ـ وعرفه بعضهم بأنه : هو القياس الخفي :

وهذا التعريف يوضح أن القياس الخفي قد يكون أقوى من القياس الظاهر ، فيكون الأخذ به استحساناً [٢].

هذا وباستقراء ما ورد عن العلماء في معني الاستحسان في الاصطلاح نستطيع أن نتوصل إلي ما يأتي : ـ

١ ـ أن الأصوليين جميعاً متفقون علي معني الاستحسان ، وإن اختلفت مسمياته عندهم وهو العدول عن حكم إلي حكم في بعض الوقائع أو تخصيص بعض أفراد العام بحكم خاص ، كما أنهم متفقون علي أن هذا العدول أو التخصيص أو الاستثناء أو الإيثار أو الترك لابد وأن يستند إلي دليل شرعي من النصوص أو معقولها أو المصلحة .

وعلي هذا فالاستحسان الذي يستند فيه الإنسان إلي هواه لا يكون مقبول بل هو مردود باطل ، لاتفاق الأمة علي أنه لا

---

(١) ينظر : الموافقات ج٢ / ص ٢٠٥ ، والاعتصام ج٢ / ص ١٣٩ .

(٢) ينظر :كشف الأسرار للبخاري ج٤ / ص ٣ .

يجوز أن يقول أحد في شرع الله تعالى وأحكامه بشهوته وهواه من غير دليل شرعي ، يستوي في ذلك المجتهد والعامي [١].

٢ ــ إذا نظرنا إلي الاستحسان بالمعني الذي عرفه به أبو الحسن الكرخي الحنفي ، وما شابهه من التعاريف ، وجدنا أن العمل به محل اتفاق لدى جميع الأئمة وإن اختلفوا في التسمية وذلك لأننا نجد أن الاستحسان بالمعني المذكور حجة ، لأن ثبوته بالدلائل التي هي حجة إجماعاً [٢].

---

[١] ينظر : التمهيد للإسنوي ج٣ / ص ١٤٠ ، والإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٣٦

[٢] ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ج٢ / ص ١٢٥ .

المبحث الثاني

في أنواعه

يتنوع الاستحسان عند الأصوليين إلي ما يأتي :

١ . الاستحسان بالنص :

هو العدول عن حكم القياس في مسألة إلي حكم مخالف له ثبت بالكتاب أو السنة [١] .

وقد عرف البرديسي هذا النوع بقوله :

الاستحسان الثابت بالنص هو الاستحسان الذي يتحقق في كل واقعة يرد فيها نص معين يعطي لهذه الواقعة حكماً يخالف الحكم الكلي الذي يجب تطبيقه علي هذه الواقعة بمقتضى الدليل العام أو القاعدة المقررة [٢].

ومثال هذا النوع :

الوصية غير الواجبة ، فهي مستحبة ، والقياس يأبى جوازها، لأنه تمليك مضاف إلي حال زوال مالكيته ، ولو أضيف إلي حال قيامها بأن قال : ملكتك غداً كان باطلاً فهذا أولى ٠

إلا أنا استحسناه لحاجة الناس إليها ، فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض يحتاج إلي تلافي

---

(١) ينظر : كشف الأسرار ج٤ / ص ٥ ، وشرح بن ملك علي المنار ص ٨١٢

(٢) أصول الفقه للبرديسي ص ٣٠٨ ٠

في بعض ما فرط منه من التفريط بماله علي وجه لو مضي فيه يتحقق مقصدا لمآلي ، ولو أنهضه البرء يصرفه إلي مطلبه الحالي ، وفي الشرع الوصية ذلك ، فشرعناه ثم قال : وقد نطق به الكتاب قال الله تعالى " من بعد وصية يوص بها أو دين " [١] والسنة (إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم) [٢]، وهذا ما عليه إجماع الأمة [٣].

٣ . استحسان الإجماع :

وهو أن يترك موجب القياس في مسألة لانعقاد الإجماع علي حكم آخر غير ما يؤدي إليه القياس ويكون هذا بأن يفتي المجتهدون في حادثة علي خلاف الأصل أو القاعدة العامة المقررة في أمثالها أو بسكوت المجتهدين وعدم إنكارهم لما يفعله الناس إذا كان ما يفعلونه مخالفاً للأصول المقررة [٤].

ومثاله : تناول الماء من يد السقاء : كأن يتعاقد شخص مع آخر علي أن يطفيء ظمأه نظير مبلغ معين من المال ، فإن القياس الذي تبني عليه القاعدة أنه لا يجوز ذلك للجهالة القائمة في المعقود عليه ، وهو المبيع أي الماء إذ أن الناس تتفاوت فيما يشربون من الماء والجهالة في المعقود عليه تفسد العقد قياساً

---

(١) سورة النساء آية ١٢ .

(٢) أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة رضى الله عنه (ينظر : سنن ابن ماجه ج٢ /ص ٩٠٤) .

(٣) ينظر : الهداية ج٨ / ص ٤١٨ .

(٤) ينظر : كشف الأسرار للبخاري ج٤ / ص ٣ ، وشرح العضد علي مختصر المنتهي ج٢ / ص ٢٨٨ والمعتمد ج٢ / ص ٢٩٦ .

لكنه ترك هذا القياس ، واغتفرت تلك الجهالة وجاز هذا العقد استحسان ، لأن العرف جرى علي التعامل بذلك من غير إنكار فكان إجماعاً يترك به القياس [١]، وكذلك من أمثلته عقد الاستصناع ، وطلاق الزوجة باختيارها نفسها ، وعدم قطع من قطعت يده ورجله والاستحمام في الحمام وغير ذلك من فروع الفقه الإسلامي [٢].

٣ ـ استحسان العرف أو العادة :

وهو العدول عن مقتضى القاعدة العامة إلي حكم آخر يخالف هذه القاعدة لجريان العرف بذلك أو عملاً بما اعتاده الناس [٣].

ومثاله : حلف لا يدخل بيتاً ثم دخل مسجداً .

فلو قال : والله لأدخلن مع فلان بيتاً ، فدخل معه مسجداً فالقاعدة العامة والقياس أنه يحنث ، حيث إنه يسمي بيتاً في اللغة، والمسجد يسمي بيتاً مصداقاً لقوله تعالى " في بيوت إذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه " [٤]إلا أنه لا يحنث استحساناً ، لأن

---

(١) ينظر : تشنيف المسامع ج٣ / ص ٤٣٩ ، والأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد إسماعيل ص ٢٧٠ .

(٢) ينظر : في تقرير هذه الأنواع : فتح القدير ج٣ / ص ١٠١ ، والموافقات ج٤ / ص ٢٠٩ وكشف الأسرار للبخاري ج٤ / ص ٥ ، وشرح المنار لابن ملك ص ٨١٣ .

(٣) ينظر : الإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٣٨ ، وغاية الوصول ص ١٣٩ ، وإرشاد الفحول ص ٢٤٠ وتشنيف المسامع ج٣ / ص ٤٣٩ ، وشرح الجلال مع حاشية العطار ج٢ / ص ٣٩٥ .

(٤) سورة النور من الآية (٣٦) .

العرف لا يطلق اسم البيت علي المسجد ، وإنما يخصه بما كان معد للسكنة فقط [١] ومن الأمثلة أيضاً استئجار المرضعة بطعامها وشرابها ، والمراد بالطعام في البيع والشراء وغير ذلك ٠

٤ ــ استحسان الضرورة :

وهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد علي ترك القياس والأخذ بمقتضياتها سداً للحاجة أو دفعاً للحرج ، وذلك : عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤديا لحرج أو يوقع في مشكلة في بعض المسائل ، فيعدل عنه حينئذ استحساناً إلي حكم آخر يزول به الحرج ، وتنحل به المشكلة [٢].

ومثاله :

عدم الفطر بما يصعب الاحتراز عنه ، إذ أن المقرر شرعاً أن كل ما دخل جوف الصائم ، فإنه يبطل صومه ويفطره ، ولكنه حكم بصحة صوم من دخل التراب أو الدخان أو غبار الدقيق إلي حلقه استحسانًا ، لأن هذه الأشياء لا يمكن الاحتراز عنها وكذا لو دخلت ذبابة إلي حلقه وهو ذاكر لصومه ، فإنه لا يفطر استحساناً، لأن هذه أشياء لا يمكن الاحتراز عنها [٣] ٠

ومن أمثلته أيضاً الاشتراك في الأضحية ، وتضمين الأجير

---

(١) ينظر : ما سبق من مراجع ، والاعتصام ج٢ / ص ١٤١ ، وأصول الفقه للبرديسي ص ٣١٦ ٠

(٢) ينظر : أصول أبوزهرة ص ٢١١ ، والمدخل للفقه العام للدكتور الزرقا ج١ / ٥٢ وكشف الأسرار ج٤ / ص ٦ ٠

(٣) ينظر : فتح القدير ج٢ / ص ٦٦ ٠

المشترك ، وقبول الشهادة بالتسامع ، وطهارة البئر الذي وقع فيها نجاسة، والنظرة للمرأة الأجنبية للتداوي وغير ذلك [١].

٥ ــ الاستحسان بالقياس :

وهو أن يعدل بالمسألة عن حكم القياس الظاهر المتبادر فيها : إلي حكم مغاير بقياس آخر هو أدق وأخفي من الأول ، لكنه أقوى حجة وأصح استنتاجاً منه [٢].

ومثاله : ما نص عليه فقهاء الحنفية من أن الواقف إذا وقف أرضاً زراعية يدخل حق السيل وحق الشرب وحق المرور في الوقف تبعاً بدون ذكرها استحساناً ، والقياس أنها لا تدخل إلا بالنص كالبيع .

والحقيقة أن هذه المسألة اجتمع فيها قياسان :

أ ــ قياس ظهرت علته في الذهن لوضوحها ، وهي إلحاق الأرض الموقوفة بالأرض المباعه ، لأن كل منهما إخراج ملك من مالكه ، فكما أن الأرض المبيعة لا يدخل في بيعها شربها وطريقها إلا بالنص فكذا الأرض الموقوفة .

ب ــ قياس خفيت علته لدقتها وبعد إدراكها ، وهي إلحاق الوقف بالإيجارة لأن كل منهما مقصود منه الانتفاع ، فكما يدخل

---

(١) ينظر : أصول أبو زهرة ص ٢١١ ، وأصول البرديسي ص ٣١٣ ، وكشف الأسرار للبخاري ج٤ / ص ٦ .

(٢) ينظر : تشنيف المسامع ج٣ / ص ٤٣٨ ، وأثر الأدلة المختلف فيها ص ١٤٨ .

الشرب والطريق في إجارة الأطيان بدون ذكرها تدخل في وقف الأطيان بدون ذكرها ، فإذا رجح المجتهد القياس الخفي علي الجلي كان هذا الترجيح من قبيل الاستحسان الثابت بالقياس [١] ومن الأمثلة أيضاً ، الصلاة علي الجنازة ركباناً ، وعدم القطع علي من سرق من مدينه ، وتلقين الشاهد أثناء أداء الشهادة وغير ذلك [٢].

هذه هي أنواع الاستحسان والأمثلة عليها ونكتفي بما اسردناه اقتضاءاً للمقام ، ومن أراد الوقوف علي المزيد فليراجع ما قاله علماء الأصول في كتبهم [٣].

---

(١) ينظر : كشف الأسرار ج٤ / ص ٣ ، وشرح العضد علي مختصر المنتهي ج٢ / ص ٢٨٩ والمنار وحواشيه ص ٨١٢ .

(٢) ينظر : الهداية وشروحها ج٦ / ١٣٢ ، وفتح القدير ج٤ / ص ٢٣٥ .

(٣) ينظر : شرح تنقيح الفصول ص ٤٥١ ، ونشر البنود ج٢ / ص ٢٥٥ وإرشاد الفحول ص ٢٤٠ ، والمستصفي ج١ / ص ٢٨١ ، ومنهاج العقول ج٣ / ص ١٣٨ ، وشرح الكوكب المنير ج٤ / ص ٤٣٢ ، والمحصول ج٢ / ص ٥٥٩ والإبهاج شرح المنهاج ج٣ / ص ٢٠١ ، والمعتمد ج٢ / ص ٢٩٦ .

المبحث الثالث

في

مذاهب العلماء في الاحتجاج بالاستحسان

سبق أن ذكرنا في المبحث الثاني أنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه ، لأن الاستحسان الذي قال به المالكية والأحناف ينبني علي أدلة الشرع لا علي الهوي أو العقل ، فإن هذا الاستحسان لم يقل به أحدا ، لأن ترك الحكم الذي دل عليه دليل شرعي بمجرد استحسان العقل والهوي هو تعطيل للأدلة الشرعية ٠

ومن ثم كان الخلاف بين الأئمة في حجية الاستحسان خلاف لفظي وقد أشار إلي ذلك الإمام الأسنوي فقال :

الاستحسان قال به أبو حنيفة وكذا الحنابلة ، وأنكره الجمهور لظنهم أنهم يريدون به الحكم بلا دليل أهـ [1]٠

ونحن ها هنا نذكر هذا الخلاف فنقول :

اختلف الأصوليون في حجية الاستحسان علي مذهبين :

المذهب الأول : وهو للأحناف والمالكية ومن تبعهم

---

(١) ينظر : نهاية السول ج٣ /ص ١٣٩ ، وروضة الناظر ص ١٤٧ ، وأصول السرخسي ج٢ / ٢٠٤ وشرح الكوكب المنير ج٤ /ص ٤٢٧ ٠

وهؤلاء يرون أن الاستحسان حجة [١].

المذهب الثاني : وهو لابن حزم الظاهري ومن سار علي دربه ، وهؤلاء يرون أن الاستحسان ليس بحجة ، لأنهم أنكروا القياس والاستحسان نوع منه [٢].

الأدلة

أدلة أصحاب المذهب الأول :

استدل القائلون بحجية الاستحسان بأدلة نذكر منها :

١ ــ قوله تعالى " واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم " [٣].

وجه الدلالة :

أنه أمر باتباع أحسن ما أنزل ، فدل علي ترك بعض واتباع بعض بمجرد كونه أحسن ، وهو معني الاستحسان ، والأمر للوجوب ، ولولا أنه حجة لما كان كذلك [٤].

ويقول الآمدي : وجه الاحتجاج بالآية ورودها في معرض

---

(١) ينظر : كشف الإسرار ج٤ / ص ٣ ، وأصول السرخسي ج٢ / ص ٢٠٤ ، وحاشية البناني ج٢ / ص ٣٥٣ ، وأبو حنيفة للشيخ أبي زهرة ص ٣٤٢ ، والمستصفي ج١ / ص ١٣٦ ، والمعتمد ج٢ / ص ٢٩٥ ، وتشنيف المسامع ج٣ / ص ٤٣٧ .

(٢) ينظر : الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي ص ٢٤٥ .

(٣) سورة الزمر آية (٥٥) .

(٤) ينظر : شرح الكوكب المنير ج٤ / ص ٤٢٨ ، ومختصر المنتهي بشرح العضد ج٢ / ص ٨٨ وأثر الأدلة المختلف فيها ج٢ / ص ١٣٣ ، والبحر المحيط ج٦ / ص ٨٧ .

الثناء ، والمدح لمتبع أحسن القول [(١)] .

الاعتراض علي هذا الدليل والجواب عنه :

قيل بأن المراد بالأحسن ، الأظهر والأولى فعند التعارض الراجح بدلالته ، فإذا تساويا فالراجح بحكمه .

وأجيب عن هذا :

أنه يلزم من ظاهر هذا اتباع استحسان العامي والطفل والمعتوه لعموم اللفظ فإن قيل : إن المراد به بعض الاستحسانات، وهو استحسان من هو من أهل النظر فكذا نقول المراد كل استحسان صدر عن أدلة الشرع ، وإلا فأي وجه لاعتبار أهلية النظر في الأدلة مع الاستغناء عن الناظر [(٢)] .

٢ ـ قوله عليه الصلاة والسلام (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن) [(٣)].

وجه الدلالة من هذا الحديث :

هو أن النبي صلى الله عليه وسلم قد بين أن ما يراه المسلمون بعقولهم حسناً فإنه حينئذ يكون كذلك ، وإلا لو لم يكن كذلك لحسنه الشرع بدليل ، وحينئذ فلا يكون هناك داع لذكر الحديث .

---

(١) ينظر : الإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٣٦ ، والمبسوط ج٢ / ص ١٤٥ .
(٢) ينظر : المرجع السابق ، والمستصفي ج١ / ص ٢٨٢ .
(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده (ينظر : مسند الإمام أحمد ج٥ / ص ٢٦٠١ ، ونصب الراية ج٤ / ١٣٣ .

ولهذا قال الآمدي في الإحكام : ولولا أنه حجة لما كان عند الله حسناً [(١)].

٣ - بالإجماع :

وهو أن الأمة قد أجمعت علي دخول الحمام وشرب الماء من أيدي السقائين من غير تقدير لزمان المكث ، وتقدير الماء والأجرة ، ولا سبب لذلك إلا أن المشاحة في مثله قبيحة في العادة، فاستحسن الناس تركه [(٢)].

أدلة أصحاب المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني والقائلون بأن الاستحسان ليس بحجة بأدلة منها :

١ ــ أن الشريعة الإسلامية نص ، وحمل علي نص بالقياس وما الاستحسان ؟ أهو منها أم من غيرها ، فإن كان منها فلا حاجة إلي ذكره ، وإن كان خارجاً عنهما ، فمعنى ذلك أن الله تعالى ترك أمراً من أمور الناس من غير حكم وذلك يناقض قوله تعالى " أيحسب الإنسان أن يترك سدى " [(٣)] فالاستحسان الذي لا يكون قياساً ولا إعمالاً لنص يناقض تلك الآية [(٤)].

---

(١) ينظر : الإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٣٩ .

(٢) ينظر : المرجع السابق ، وشرح المنار لابن ملك ص ٨١١ ، وكشف الأسرار ج٤ / ص ٣ وشرح العضد علي المختصر ج٢ / ص ٢٨٩ ، والمستصفي ج١ / ص ١٣٨ .

(٣) سورة القيامة آية ٣٦ .

(٤) ينظر : الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي ص ٢٥٥ .

٢ ـ قوله تعالى " ما فرطنا في الكتاب من شيء " [١]، وقوله " ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكي شيء " [٢] وقوله " ولا رطب ولا يابس إلا في كتاب مبين " [٣].

وجه الدلالة :

أن هذه الآيات قد أوضحت أن القرآن قد اشتمل علي جميع الأحكام فلا توجد حاجة لغيره لاثبات الإحكام ، وعلي هذا فلا حاجة للاستحسان .

واعترض علي هذا :

بأن القرآن الكريم قد اشتمل علي جميع الأحكام علي جهة الإجمال أما علي جهة التفصيل لكل حادثة فقد ترك هذا التفصيل للسنة أو القياس أو الإجماع أو الاستحسان أو غيرها من الأدلة.

هذا وبعد أن ذكرنا مذاهب العلماء وما استندوا إليه من أدلة نعود إلي القول بأنه لا يتحقق استحسان مختلف فيه يصلح محلاً للنزاع ويحتاج للاستدلال إلي إثباته أو إبطاله ، كما صرح بهذا علماء الأصول أنفسهم وهم الناقلون لمذهب العلماء .

علي أنني أقول ، أن ما قاله الإمام الشافعي رحمه الله تعالى حق فمن استحسن فقد شرع ، وليس لأحد أن يقول بالاستحسان ، ولكن هذا كله إذا كان الاستحسان والقول به

(١) سورة الأنعام آية : ٣٨ .
(٢) سورة النحل آية : ٨٩ .
(٣) سورة الأنعام آية ٥٩ .

بالمعني الذي قصده الشافعي وبينه وهو القول بالتشهي والهوى ، دون الاستناد إلي دليل ، لا إذا كان الاستحسان بالمعني الاصطلاحي الذي قال عنه المالكية : إنه تسعة أعشار العلم ولا بالمعني الذي قصده الحنفية ، وهو راجع إلي الأدلة المقبولة والمتفق عليها إجمالاً ، كما بينا ذلك في تحرير محل النزاع [١].

---

(١) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ج٢ / ص ١٤٠ .

المبحث الرابع

في

أثر اختلاف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان

لقد كان لاعتبار الاستحسان دليلاً مستقلاً [١] عند العلماء أثر ظاهر في اختلاف الفقهاء حتى الحنفية أنفسهم ، فقد كثرت المسائل الاستحسانية لديهم ، وأطلقوا الاستحسان باعتبارات متعددة وعلي معان مختلفة ، وهذا الإكثار من الاستدلال بدليل — ليس محل اتفاق المذاهب — من شأنه أن يحدث اختلافاً بيناً في الفروع الفقهية بين المذاهب ، وهذا ما حصل بالفعل ، وإليك بيان هذه المسائل — علي سبيل المثال لا علي سبيل الحصر — فيما يأتي : —

الفرع الأول

أ ـ القطع في السرقة :

فإن الواجب فيها القطع مطلقا بعد توافر شروطها وأركانها لعموم قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيدهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله ، والله عزيز حكيم " [٢].

لكنه عدل عن القطع استحساناً ، وذلك في عام المجاعة

---

(١) تم توضيح معني الاستقلال فيما تقدم عند تحرير محل النزاع .
(٢) سورة المائدة الآية ٣٨ .

كما فعل عمر ــ رضى الله عنه ــ وذلك حتى لا يجتمع علي السارق ضرران ، ضرر الجوع وضرر القطع ــ وهذا حكم خاص بهذا العام [١].

ب ـ الاشتراك في السرقة :

فإذا دخل في الحرز اثنان أو أكثر وأخرج بعضهم المتاع دون الباقين هل يقطع الجميع أو المخرج فقط ؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك علي مذاهب :

المذهب الأول : وهو للإمام أبو حنيفة وأحمد ومن تبعهما، وهؤلاء لا يرون أن القطع علي الجميع [٢].

المذهب الثاني : وهو للإمام الشافعي وزفر ومن تبعهما، وهؤلاء يرون أن القطع علي الذي تولي الأخذ فقط ، وهو ظاهر كلام الإمام مالك أيضاً [٣] .

الأدلة :

١ ــ استدل أصحاب المذهب الأول ، وهم القائلون بأن القطع علي الكل بما يأتي :

أن إخراج المتاع من الحرز ، وإن قام به البعض ، لكنه في

---

(١) ينظر : مصادر التشريع فيما لا نص فيه للشيخ خلاف ص ٧٢ ، والأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي ص ٢٦٦ .

(٢) ينظر : الهداية ج٤ /ص ٢٤٤ ، والمغني لابن قدامة ج٩ /ص ١٤١ ، أصول السرخسي ج٢ /ص ١٥٢ .

(٣) ينظر : الموطأ ج٢ /ص ٨٣٧ ،وحاشية الدسوقي ج٤ /ص ٣٣٥ .

المعني يعتبر من الكل لتعاونهم واشتراكهم في دخول الحرز، إذ المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتهيأ الباقون للدفاع والحماية ، فلو امتنع القطع علي الحامية في هذه الحال لأدي إلي سد باب الحد ، وهذا المعني هو وجه الاستحسان لدى الحنفية [١]

٢ ـ واستدل أصحاب المذهب الثاني ،وهم القائلون بأن القطع علي البعض وهو من أخرج الشيء بما يأتي :

وهو القياس الظاهر ، وذلك أن الإخراج قد وجد منه وحده، والسرقة تمت به ، فكان هو السارق وحده ، وإنما القطع علي السارق فلا يقطع غير المخرج وكذلك إذا أخرج كل منهم شيئاً لا يجب فيه القطع لا يقطع ، لأنه لم يتحقق شرط القطع [٢].

الفرع الثاني

السلم[٣] : وهو بيع لكنه لم يكن علي قاعدة البيع المعهود، والذي يشترط فيه أن تكون العين المبيعة موجودة عند العقد وهذا ما ثبت من قول النبي صلى الله عليه وسلم (لا تبع ما ليس عندك) إذ نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يملكه الإنسان ، لكن السلم جوز لليسر والتسهيل ولورود النص الدال علي الجواز ، وهو قوله عليه السلام (من أسلف فليسلف

---

(١) ينظر : ما سبق من مراجع بهامش ١ ، ٢ ، ومغني المحتاج ج٤ / ١٧٢ ، والزرقاني علي الموطأ ج٥ / ص ١١٧ ، وأصول الجصاص ج٤ / ص ٢٣٨ ، والعناية ج٧ / ص ٤٤

(٢) المرجع السابق .

(٣) السلم : بيع عاجل بآجل ، أو هو بيع شيء موصوف في الذمة بثمن عاجل (ينظر : المعجم الوجيز : ص ٣٠٩) .

في كيل معلوم ووزن معلوم إلي أجل معلوم) [١] [٢] وعلي هذا يكون دليل مشروعية السلم هو الاستحسان الذي سنده النص ، لأن الإنسان قد يكون في حاجة إلي التعامل بذلك النوع من البيوع، فللتيسير عليه جوز له ذلك ٠

الفرع الثالث

محاذاة الرجل المرأة في الصلاة :

اتفق الفقهاء علي أن السنة – فيما إذا اجتمع في صلاة الجماعة رجال ونساء – أن يصف الرجال ثم النساء ٠

واختلفوا فيما إذا صلت امرأة في صف الرجال ، أو رجل في صف النساء وذك علي مذهبين :

المذهب الأول :

وهو للإمام أبو حنيفة وأصحابه ومن تبعهم ، وهؤلاء يرون فساد صلاة من حاذته المرأة من الرجال ، ولا تفسد صلاة المرأة [٣].

المذهب الثاني :

وهو للإمام مالك والشافعي وأحمد وهؤلاء لا يرون كراهية ذلك ، ولا تفسد صلاة أحد من النساء أو الرجال [٤].

---

(١) رواه البخاري في كتاب البيوع (ينظر : نيل الأوطار ج٥ / ص ٢٦٦) ٠

(٢) ينظر : أصول السرخسي ج٢ / ص ٢٠٣ ط المعرفة ٠

(٣) ينظر : بداية المبتدي ج١ / ص ٢٥٥ ٠

(٤) ينظر : الشرح الكبير ج١ / ص ٣٣٣ ، والأم ج١ / ص ١٥٠ ، والمغني ج٢ / ص ١٥٠ ٠

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول القائلون بفساد من حاذته المرأة من الرجال بالاستحسان ٠

ووجه الاستحسان أنه ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم تقديم الرجل وتأخير المرأة في الصلاة ، فإذا تأخر عنها أو حاذاها كان تاركاً لغرض المقام ، فتفسد صلاته ، والأمر الوارد هو قوله عليه السلام (اخروهن من حيث أخرهن الله) (١)٠

واستدل أصحاب المذهب الثاني :

القائلون بالكراهة : بالقياس حيث قاسوا حال الصلاة في المحاذاة ٠ علي ما لو وقفت في غير صلاة ، فإنه لا تبطل صلاته، بالإجماع ، فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي وعائشة ــ رضى الله عنها ــ نائمة بين يديه فكذلك في الصلاة (٢)٠

الفرع الرابع

إذا وقع خلاف بين المسلم إليه ورب السلم في أوصاف المسلم فيه فما الحكم ؟ ٠

اختلف الفقهاء في ذلك علي مذهبين :

---

(١) جاء في مصنف عبد الرازق موقوف علي ابن مسعود رضى الله عنه (ينظر : نصب الراية ج٢ / ٣٦ ٠

(٢) ينظر : المغني ج٢ / ص ١٥٠ ، وأثر الأدلة المختلف فيها ج٢ / ص ١٥٠

المذهب الأول :

وهو اختيار الإمام أبو حنيفة ومن تبعه ، وهؤلاء يرون أنهم يتحالفان .

المذهب الثاني :

وهو للأئمة الثلاثة وهؤلاء يرون أن القول قول المسلم إليه .

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول بالقياس ، وجه القياس : أنهما اختلفا في المستحق بعقد السلم ، وذلك يوجب التحالف .

واستدل أصحاب المذهب الثاني بالاستحسان :

ووجه الاستحسان : أن المسلم فيه مبيع فالاختلاف في أوصافه لا يكون اختلافاً في أصله بل في صفته من حيث الطول والسعة ، وذلك لا يوجب التحالف كالاختلاف في أوصاف الثوب المبيع بعينه [١].

---

(١) ينظر : أصول السرخسي ج٢ / ص ١٥٢ ، وأصول الجصاص ج٤ / ص٢٤٠ .

الفرع الخامس

شرط الخيار لغير المتعاقدين :

اتفق العلماء علي صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا هل يجوز أن يشرطاه أو أحدهما لأجنبي؟أي لشخص غير المتعاقدين.

اختلف الفقهاء في ذلك :

فذهب الإمام أبو حنيفة وصاحباه ، ومالك والشافعي — في أصح قوليه — وهو الظاهر من مذهب أحمد ، إلي أنه يجوز ذلك، ويصح البيع ويلزم الشرط [1].

وذهب الإمام زفر من الحنفية والقاضي من الحنابلة ، والشافعي في قوله الصحيح إلي أنه لا يصح .

الأدلة

استدل أبو حنيفة ومن تبعه بالاستحسان

ووجه الاستحسان : أن الخيار شرع للحاجة إليه ، لاستخلاص الرأي وتحصيل الأحظ للمتبايعين ، وهذه الحاجة قد تدعو إلي اشتراطه للأجنبي بأن كان أعرف بالمبيع أو بالعقد منهما، أو أن يكون العاقد يعلم من نفسه قصور الرأي والتدبير، غير واثق في ذلك ، ويعلم بفلان من الناس جودة رأيه ومعرفته بالقيم وأحوال البياعات ، فبشرط الخيار له يحصل المقصود من

---

(١) ينظر : الهداية ج٥ / ص ١٢٦ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٢١٠ ، والمجموع ج٩ / ٢١٠ والمغني ج٣ / ص ٥٠٠ .

شرعيته ، فيجب تصحيحه ، لأن الاحتياج إليه صار كالاحتياج إلي نفس الخيار [١].

واستدل الإمام الشافعي بالقياس :

وهو أنهم قاسوا اشتراطه للمتعاقدين علي اشتراطه للأجنبي باختيار المتعاقدين ، والعلة المشتركة في الحالتين هو دفع الضرر عند المتعاقدين كما استدل القائلون بعدم صحته بقولهم : أن الخيار من مواجب العقد وحكم من أحكامه ، فلا يثبت لغير المتعاقدين كاشتراط الثمن علي غير المشتري وكذلك الخيار لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين فلا يكون لمن لاحظ له فيه [٢].

الفرع السادس

اختلاف شهود الزنا في مكان الفعل :

اتفق الأئمة علي : أنه إذا اختلف شهود الزنا ، فشهد اثنان أنه زني بها في بلد كذا أو في بيت كذا ، واثنان في بلد آخر وبيت آخر ، فالاتفاق علي أن هذه البينة لا تقبل ولا يقام علي المتهمين الحد، أما إن اختلف الشهود في تعيين مكان الفعل كاختلافهم في تعيين الغرفة التي وقع فيها الفعل ؟ فقد اختلفوا في ذلك :

فذهب الإمام أبو حنيفة وأصحابه وأحمد ومن تبعهم : إلى

---

(١) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ج٢ / ص ١٥٦ .

(٢) ينظر: المرجع السابق ، الموطأ ج٢ / ص ٦٧١ .

أنه تقبل هذه الشهادة ويقام عليهما الحد [١].

وذهب الإمام مالك والشافعي ومن تبعهما : إلي أنه لا تقبل هذه الشهادة ولا يقام عليه الحد [٢].

الأدلة :

استدل الإمام أبو حنيفة وأصحابه بالاستحسان :

ووجه الاستحسان : إنهم اتفقوا في شهادتهم علي فعل واحد حيث نسبوه إلي بيت واحد صغير ، ثم إن تعيينهم لغرفة منه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل ، لأن البيت إذا كان صغيراً والفعل وسطه ، فالاختلاف في تعيين الغرفة اختلاف صورة لا حقيقة، وعلي فرض أن اختلافهم في الغرفة فالفعل واحد، وذلك بغرض أن ابتداء الفعل منهما كان في غرفة ثم صار إلي أخري[٣] بتحركهما أثناء الفعل ، وذلك ممكن لصغر المكان ، وبمثل هذا احتج الحنابلة .

واستدلوا من قالوا برد هذه الشهادة بالقياس:

وبيان القياس :

أنهم قاسوا الاختلاف في المكان علي الاختلاف في الزمان، والاتفاق على أن الاختلاف في الزمان يؤثر في رد الشهادة ، مع ملاحظة أن هذا الاختلاف يورث شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات،

---

(١) ينظر : المغني ج٩ /ص ٧٤ ، والهداية ج٤ /ص ١٦٧ .
(٢) ينظر : بداية المجتهد ج٢ /ص ٤٣٠ ، الشرح الكبير ج٤ /ص ٣١٩ ، والمنهاج ج٤ /ص ١٥١ .
(٣) ينظر : المغني ج٩ / ٧٤ .

والشارع تشدد في إثبات هذا الحد أكثر من غيره [١].

الفرع السابع

حلف لا يلبس هذا الثوب ، وهو لابسه ، فنزعه في ساعته هل يحنث أم لا ؟

اختلف الأئمة في ذلك :

فذهب أبو حنيفة ومن تبعه إلي أنه لا يحنث .

وذهب الأئمة الثلاثة ــ مالك والشافعي وأحمد ــ إلي أنه يحنث .

الأدلة :

استدل أبو حنيفة علي مذهبه بالاستحسان

ووجه الاستحسان : أن اليمين تعقد للبر ، ولا يتحقق البر إلا باستثناء زمان النزع عن اليمين ، فيستثني ضرورة تحقق البر [٢].

واستدل الأئمة الثلاثة بالقياس وذلك لوجود اللبس بعد اليمين فيقاس تحقق الحنث بعد اللبس علي الحنث قبل اللبس [٣].

---

(١) ينظر : المستصفي ج١ /ص ١٣٩ ، ومغني المحتاج ج٤ /ص ١٥١ .

(٢) ينظر : الوافي ص ١٣٦ ، الهداية وشرحه البناية ج٦ /ص ١٥٢ ، والاختيار لتعليل المختار ج٤ /ص ٦٢ .

(٣) ينظر : التحقيق شرح المنتخب للأخسيكثي ورقة (١٧١)

الفرع الثامن

حدوث العيب في الأضحية :

الأضحية واجبة عند الحنفية ، سنة مؤكدة عند الأئمة الثلاثة إلا إذا أوجبها علي نفسه ٠

واتفقوا علي أن المعيبة لا تجزيء أضحية ، وإن اختلفوا في العيوب التي تمنع الجواز ٠

فإذا اشترى أضحية سليمة من العيوب التي لا تجزيء في الأضحية ، ثم تعيبت قبل الذبح ، فهل تجزيء أضحية إذا ذبحها بعد حدوث العيب ؟

اختلف الفقهاء في ذلك :

فذهب الإمام أبو حنيفة : إلى أنه إذا تعيبت عند معالجة الذبح وذبحها، اجزاته [١].

وذهب الإمام الشافعي : إلي أنه إذا أوجبها علي نفسه وهي سليمة ثم تعيبت اجزاته أما إذا لم يوجبها ، وتعيبت ، ثم ذبحها لم تكن أضحية [٢].

وذهب الإمام مالك : إلي أنه إذا تعيبت قبل الذبح لا تجزيء مطلقا [٣].

---

(١) ينظر : الهداية ج٨ / ص ٧٥ ، وأثر الأدلة المختلف فيها ج٢ / ص ١٧٨ ٠
(٢) ينظر : الأم ج٢ / ص ١٩٠ ٠
(٣) ينظر : الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ج٢ / ص ١٢٤ ٠

وذهب الإمام أحمد : إلي أنه إذا تعيبت بفعله لم تجزئه ، وإما إذا حدث فيها العيب دون فعل أجزاته [١].

الأدلة :

استدل أبو حنيفة علي مذهبه بالاستحسان :

ووجه الاستحسان : أن حالة الذبح ومقدماته ملحقه بالذبح، فكأن العيب حصل بالذبح ــ اعتباراً وحكماً ــ فلم يمنع الإجزاء ٠

واستدل الإمام الشافعي بالسنة : وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (أربع لا تجزيء في الأضاحي ، العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها، والعرجاء البين عرجها، والعجفاء التي لا تنقي) [٢].

والعبرة بالذبح للتي لم يوجبها ، ووقت الإيجاب للتي أوجبها ٠

واستدل الإمام مالك بنفس الخبر الذي سبق وقال في جهة الاستدلالة أن تعيين المكلف والتزامه لا يرفع ما طلب منه الشارع فعله يوم الأضحى من ذبح شاه سليمة من العيوب ٠

كما استدل الإمام أحمد بالسنة أيضاً ، وهو ما روي عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه قال : ابتعنا كبشاً نضحي به، فأصاب الذئب من أليته ، فسألنا النبي صلى الله عليه وسلم ،

---

(١) ينظر : المغني ج٩ / ص ٤٤٣ ٠

(٢) رواه الترمذي (ينظر : سنن الترمذي ج٣ / ص ٢٧ ، وابن ماجه (سنن ابن ماجه ج٢ / ص ٥٠ ، وأبو داود (سنن أبي داود ج٢ / ص ٨٧) ٠

فأمرنا أن نضحي به [١].

والظاهر : أن الأصل عندهم أنه لا يجزي ، وإنما قالوا بالجواز للحديث المذكور ، والحديث ظاهر أن التعيب لم يكن بفعله، فنبقي ما أحدثه بفعله علي أصل المنع .

الفرع التاسع

طهارة سؤر سباع الطير - كالصقر والنسر -

اختلف الأئمة في طهارة سؤر سباع الطير .

فذهب أبو حنيفة واتباعه إلي أنه طاهر مكروه .

وذهب الجمهور إلي أنه ليس بطاهر أي نجس .

الأدلة :

استدل أبو حنيفة علي مذهبه بالاستحسان

ووجه الاستحسان : أن السبع ليس بنجس العين بدليل جواز الانتفاع به شرعاً من غير ضرورة ، وقد ثبت نجاسة له ، لا للكرامة مع صلاحية الغذاء .

دليل النجاسة ، فثبتت صفة النجاسة في لعابه بتولده من اللحم، وأنه يشرب بلسانه الذي هو رطب بلعابه ، فيتنجس سؤره ضرورة مخالطة لعابه الماء . فأما سباع الطير، فيشرب بالمنقار وهو طاهر بذاته ، لأنه عظم جاف فلا يجاوز الماء بملاقاته

---

(١) رواه ابن ماجه (ينظر: سنن ابن ماجه ج٢ / ص ١٠٥٢) .

نجاسة فيبقي طاهراً ، إلا أنا أثبتنا صفة الكراهة لعدم تحاميها عن الميتة والنجاسة فكانت كالدجاجة المخلاه [١].

واستدل الجمهور علي مذهبهم بالقياس أي أن القاعدة العامة تقضي بنجاسته اعتباراً بسؤر سباع البهائم [٢].

الفرع العاشر

عقد الاستصناع :

هو أن يستصنع عند الرجل خفين أو نعلين أو غرفة نوم أو نحوها ويسمي الثمن ويصف له العمل ومقداره ، ولا يذكر له أجلاً وقيل : هو عقد علي مبيع في الذمة وشرط عمله علي الصانع [٣]

وهذا العقد اختلف الفقهاء في جوازه :

فذهب الأحناف : إلي القول بجوازه ٠

وذهب الجمهور : إلي القول بعدم الجواز ٠

الأدلة :

استدل الأحناف علي مذهبهم بالاستحسان :

ووجه الاستحسان : هو أن التعامل به قد وقع بين الناس

---

(١) ينظر : فتح القدير ج١ / ص ٦٨ ، والمبسوط ج١ / ص ٤٧ ، والهداية ج١ / ص ٢٣ ، والاختيار ج١ / ص ٢١ ، وأصول السرخسي ج٢ / ص ١٥٠ ، وأصول البزدوي مع الكشف ج٤ / ص٩ ، وشرح السراج الهندي ص ١٢٨ ، والمذهب في أصول الفقه ج٢ / ص ٢١٢ ، وإفاضة الأنوار ص ١٥٥ ٠

(٢) ينظر : الأم ج١ / ص٦ ، والتهذيب للبغوي ج١ / ص ١٦١ ، والمغني لابن قدامة ج١ / ص ٤١ ٠

(٣) ينظر : بدائع الصنائع ج٥ / ص ٢ ، وتحفة الفقهاء ج٢ / ص ٣٦٢ ٠

من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلي يومنا هذا من غير إنكار من أحد فكان ذلك إجماعاً علي صحة التعامل بعقد الاستصناع [١].

واستدل الجمهور علي مذهبهم بالقياس ، لأن الأصل هو عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان ، وبما أن المعقود عليه في عقد الاستصناع غير موجود عند العقد فيكون العقد باطلاً [٢].

هذا هو الاستحسان وبعض الأمثلة عليه من واقع الفقه الإسلامي وإحقاقاً للحق نري بأنه لا يصدر عن هوي أو تشهي ، وإنما يصدر عن دليل ثابت بنص كما أنه يراعي فيه جانب الشريعة الإسلامية ومقاصدها ٠

---

(١) ينظر : أصول السرخسي ج٤ / ص ٢٤٥ ، والتوضيح ج٢ / ص ٨٢ ، والتقرير والتحبير ج٣ / ٢٢٢ والمبسوط ج١٢ / ص ١٢٤ ، والهداية ج٣ / ص ٧١ ، وشرح فتح القدير ج٧ / ص ٧١ والبناية علي الهداية ج٨ / ص ٣٢٩ ، وكشف الإسرار مع نور الأنوار ج٢ / ص ٢٩١ ٠

(٢) ينظر : المستصفي ج١ / ص ٢٨٣ ، وشرح مختصر الروضة ج٣ / ص ١٩٩ ، والاعتصام ج٢ / ص ١٣٩ ، وأصول الفقه أ٠د / زهير ج٤ / ص ١٨٩ وسلم الوصول ج٤ / ص ٤٠٣ ٠

الفصل الثالث

في سد الذرائع

ويشتمل علي أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريفه لغة واصطلاحاً ٠

المبحث الثاني : في أقسام الذريعة وحكم كل قسم ٠

المبحث الثالث : في آراء العلماء في الاحتجاج بسد الذرائع ٠

المبحث الرابع : في أثر الاختلاف في الاحتجاج بسد الذرائع ٠

المبحث الأول

في تعريف سد الذرائع

الذرائع : جمع ذريعة ، والذريعة : لها في اللغة استعمالات كثيرة :

منها ، كل ما يتخذ وسيلة ويكون طريقاً إلي شيء غيره، وسدها : معناه : رفعها وحسم مادتها [١]٠

وأما في الاصطلاح الشرعي : فقد استعملت بمعنيين : عام وخاص ٠

ونحن بدورنا نذكر هنا كلاً من المعنيين فنقول :

أولاً : المعنى العام للذريعة :

يراد بالذريعة علي هذا المعنى : كل ما يتخذ وسيلة لشيء آخر ، بصرف النظر عن كون الوسيلة ، أو المتوسل إليه ، مقيداً بوصف الجواز أو المنع وهي بهذا المعني تشمل المتفق عليه والمختلف فيه ، ويتصور فيها الفتح كما يتصور فيها السد ، وذلك لأن موارد الأحكام قسمان :

مقاصد : وهي الأمور المكونة للمصالح والمفاسد في أنفسها ، أي التي هي مصالح أو مفاسد في ذاتها ٠

---

(١) ينظر : معجم مقاييس اللغة ج٢ / ص ٣٥٠ ط الأولى ، ولسان العرب ج٣ / ص ٤٥١ والقاموس المحيط ج٣ / ص ٢٢ ، والمعجم الوسيط ج١ / ص ١١٤ ٠

وسائل : وهي الطرق المفضية إلي المقاصد ، وحكم الوسائل حكم ما أفضت إليه من المقاصد ، فوسيلة الواجب واجبة كما أن وسيلة المحرم محرمه [١].

وهذا المعني يقترب من معناها اللغوي حيث يشمل كل ما يتخذ وسيلة لشيء آخر ويدخل في معني الذريعة بهذا الاعتبار الصور الأربعة التالية :

١ ـ الانتقال من الجائز إلي مثله :

وذلك بأن تكون الذريعة والوسيلة مصلحة ، وعندها تكون مطلوبة أو مباحة حسب قوة وحال ما تؤدي إليه : فإن كان مباحاً فمباحه : كالكسب الحلال المؤدي إلي التمتع بالطيبات ، وإن كان واجباً فواجبه ، كالوضوء بالنسبة للصلاة ، وهذا النوع مباح بالاتفاق .

٢ ـ الانتقال من المحظور إلي مثله :

وذلك بأن تكون الذريعة مفسدة في حد ذاتها ، وتفضي إلي المفسدة بطبعها ، كالسعي بالفساد بين الناس ، المؤدي إلي الفتنة.....والزنا المفضي إلي اختلاط الإنساب وضياع النسل ، وهذا النوع محظور باتفاق العلماء .

---

(١) ينظر : الفروق للقرافي ج٣ / ص ٢١٦ ، ومجموعة فتاوي ابن تيمية ج٣ / ص ١٣٩ وإعلام الموقعين ج٣ / ص ١٠٩ .

٣ ــ الانتقال من الجائز إلي المحظور :

وذلك بأن تكون الذريعة في حد ذاتها مصلحة وتفضي إلي المفسدة ، كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو بعقد البيع قاصداً به الربا، وهذا النوع من الذرائع علي مراتب ، حسب نسبة المفسدة التي تفضي إليها ، واعتبار قصد الفائل للمفسدة وعدمه وبالتالي : يختلف النظر الفقهي إليها سداً وفتحاً ، وقد بين ابن القيم مراتب هذا النوع من الذرائع وحكم كل مرتبة منها ٠

٤ ــ الانتقال من المحظور إلي الجائز :

وذلك بأن تكون الذريعة المفضية إلي المصلحة مفسدة في حد ذاتها ٠ كالسرقة من أجل الإنفاق علي العيال ، ففي هذه الحالة تكون الوسيلة ممنوعة ، وإن كانت تؤدي إلي مصلحة ، لأن الغاية لا تبرر الوسيلة في الإسلام ، إلا إذا رافقتها ضرورة ملجئة، فتباح بقدر الضرورة [1]٠

---

[1] ينظر : إعلام الموقعين ج٣ / ص ١٠٩ ، والفروق للقرافي ج٢ / ص ٣٢ ، وأصول الفقه للشيخ البرديسي ص ٣٥٤ ط الثانية ٠

ثانياً : المعني الخاص للذريعة :

باستقراء ما ورد عن العلماء يمكن تحديد المعني الخاص للذريعة: بأنه أمر غير ممنوع لنفسه قويت التهمة في أدائه إلي فعل محظور ، وهذا المعني الخاص للذريعة هو المراد في عرف الأصوليين والفقهاء عند بحثهم في الذرائع وسدها ٠

ولقد عبر الشاطبي عن هذا المعني بقوله : إن حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلي مفسدة ، وسد الذرائع ـ علي هذا المعني ـ هو حسم مادة وسائل الفساد بمنع هذه الوسائل ودفعها [١].

---

(١) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية هامش الفروق ج٢ / ص ٤٤ وفتاوي ابن تيمية ج٣ / ص ١٣٩ ، والموافقات ج٤ / ص ١٩٨ ، وتبصرة الحكام ج٢ / ٣٧٦ وقاعدة سد الذرائع أ٠د / محمد عبد الله ج١ / ص ٤٧ ٠

المبحث الثاني

في أقسام الذريعة

تنقسم الذرائع إلي أقسام متعددة تبعاً لاعتبارات مختلفة، وسوف نتناول هذه الأقسام علي جهة الإجمال اقتضاءاً للمقام، وذلك فيما يأتي :

أولاً : أقسام الذرية بحسب موقف العلماء من سدها .

ثانياً : أقسامها بحسب أصل الوضع الشرعي للذريعة .

ثالثاً : أقسامها بالنسبة إلي وجود القصد وعدمه .

أولاً

أقسام الذريعة بحسب موقف العلماء من سدها

قال الإمام القرافي : الذرائع بحسب هذا الاعتبار ثلاثة أقسام :

١ ــ ما أجمع الناس علي سده .

٢ ــ ما أجمع الناس علي عدم سده .

٣ ــ ما اختلفوا فيه .

فمثال ما أجمع الناس علي سده كالمنع من سب الأصنام عند من يعلم أنه يسب الله ومثال ما أجمع الناس علي عدم سده كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر.

ومثال ما اختلفوا فيه : كالنظر إلي المرأة ، لأنه ذريعة للزنا بها وكذا الحديث معها ومنها بيع الآجال عند مالك ، وأحمد بن حنبل ــ رحمهما الله ــ للتهمة علي أخذ الكثير بالقليل، أما الشافعي ــ رحمه الله ــ فأجازها ، لأنه نظر إلي صورة البيع الظاهر [١].

ثانياً

أقسام الذريعة بحسب أصل الوضع الشرعي للذريعة

ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين أربعة أقسام للذريعة بحسب هذا الاعتبار وهي :

١ ــ أن تكون الوسيلة موضوعة للإفضاء إلي المفسدة ، فتتخذ وسيلة لها .

٢ ــ أن تكون الوسيلة موضوعة للإفضاء إلي أمر جائز أو مستحب ، فتتخذ وسيلة إلي المفسدة مع قصده ذلك .

٣ ــ أن تكون الوسيلة موضوعة للإفضاء إلي أمر جائز أو مستحب ، فتتخذ وسيلة بغير قصد ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها .

٤ ــ أن تكون الوسيلة موضوعة للإفضاء إلي أمر جائز أو مستحب ، فتتخذ وسيلة إلي المفسدة بغير قصد ، ومصلحة الفعل

---

(١) ينظر : الفروق للقرافي ج٣ / ص ٢٦٦ .

أرجح من مفسدته [١].

هذا وسوف يأتي تفصيل أحكام هذه الأقسام عقيب هذا القسم والذي يكون تقسم الذريعة فيه باعتبار وجود القصد وعدمه، حيث إننا نجد بأن ابن القيم قسم الذريعة بحسب هذا الاعتبار إلي أربعة أقسام أيضاً [٢].

ثالثاً

أقسام الذريعة بالنسبة إلي وجود القصد وعدمه

تنقسم الذريعة بحسب هذا الاعتبار إلي أربعة أقسام هاك بيانها :

القسم الأول : وسيلة موضوعة للإفضاء إلي المفسدة قطعاً كشرب المسكر المؤدي إلي مفسدة السكر ، وهذا القسم منعت الشريعة منه .

القسم الثاني : وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوسل إلي مفسدة كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، وهذا القسم محل نظر بين العلماء .

القسم الثالث : وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوصل إلي المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً ومفسدتها أرجح من مصلحتها كتزين المتوفى عنها زوجها في زمن العدة ، وهذا

---

(١) ينظر : إعلام الموقعين ج٣ / ص ١٢٠ ، والفروق للقرافي ج٢ / ص ٣٣ .
(٢) ينظر : المرجع السابق ، ومجموعة فتاوى ابن تيمية ج٣ / ص ١٣٩ .

القسم في الحكم كسابقه ٠

القسم الرابع : وسيلة موضوعة للمباح، وقد تفضي إلي المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدتها كالنظر إلي المخطوبة وكلمة حق عند سلطان جائز ، وحكم هذا القسم أنه مباح أو مستحب وذلك بحسب قوة أدائه إلي المصلحة ودرجة تلك المصلحة [١].

هذا هي أهم أقسام للذريعة عند العلماء وقد أشرنا إلي حكم كل قسم منها ٠

والله أعلم

---

[١] ينظر : فتاوي ابن تيمية ج٣ / ص ١٣٩ ٠

المبحث الثالث

في آراء العلماء في الاحتجاج بسد الذرائع

أولاً : تحرير محل النزاع :

اختلف الأصوليون في اعتبار سد الذرائع دليلاً شرعياً أو قاعدة تبني عليها الأحكام علي مذهبين :

المذهب الأول : وهو لجمهور الأصوليين حيث ذهبوا إلي أن سد الذرائع معتبرة في بناء الأحكام إجمالاً ، وإنما الخلاف بينهم في تحقيق مناط هذه القاعدة في بعض الجزئيات ،

المذهب الثاني : وهو لابن حزم الظاهري ومن تبعه من الظاهرية الذين يقفون عند ظواهر النصوص ن وهؤلاء يرون عدم اعتبار سد الذرائع مطلقا ، لأنه باب من أبواب الاجتهاد بالرأي، والظاهرية يسدون هذا الباب ،

وقبل بيان أدلة مذاهب العلماء في الاحتجاج بسد الذرائع لابد من تحرير محل النزاع فنقول :

ذكر الإمام القرطبي بأن الذرائع لا تخرج عن أربعة أقسام هي :

١ ــ ما أفضي إلي المحظور قطعاً :

ومثاله : حفر الآبار خلف الباب بحيث يقع فيها الداخل لا محالة وهذا القسم أجمعت الأمة علي سده ومنعه وحسمه [١]،

---

(١) ينظر : الفروق للقرافي ج٢ / ص ٣٣ ، وشرح تنقيح الفصول ص ٤٤٨ ،

وإنما الخلاف بينهم في هذا القسم وقع في تسميته ، هل يطلق عليه اسم الذريعة أم لا فجمهور المالكية علي أنه من باب سد الذرائع ، والشافعية لا يعتبرونه من سد الذرائع ، وإنما هو من باب تحريم الوسائل [١].

٢ ــ ما أفضي إلي المحظور ظناً :

ومثاله : حفر الآبار في طريق المسلمين إذا علم وقوعهم فيها أو ظن وهذا القسم يجب سده باتفاق العلماء ، لأن الشارع أقام الظن مقام العلم في أكثر الأحوال [٢]، فهذا القسم خارج عن محل النزاع .

٣ ــ ما أفضي إلي المحظور نادراً :

ومثاله حفر بئر بموضع يغلب علي الظن أنه لا يقع فيه أحد، وكالمنع من زراعة العنب خشية الخمر .

قال الإمام القرافي : إن الأمة أجمعت علي عدم منع هذا النوع وأنه ذريعة لا تسد ووسيلة لا تحسم [٣]، وعليه يكون هذا القسم أيضاً خارج عن محل النزاع .

٤ ــ ما أفضي إلي المحظور كثيراً لا غالبا ولا نادراً [٤]،

---

[١] ينظر : الأشباه والنظائر للسبكي ج١ / ص ١١٩ ، تحقيق الشيخ عادل عبد الجواد ط الكتب العلمية والأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها ص ٣٠٥ .

[٢] ينظر : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ج١ / ص ١٠ .

[٣] ينظر : شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٨ ، والفروق ج ٢ / ص ٣٢ .

[٤] ينظر : الموافقات ج٤ / ص ٢٠٠ .

وهذا القسم هو محل الخلاف بين العلماء وهو المراد بقولهم " سد الذرائع " عند الإطلاق .

ومثاله : بيوع الآجال فإنها تؤدي إلي الربا كثيراً لا غالباً وبيع السلاح إلي أهل الحرب ، فإنها يفضي إلي استعماله في قتال المسلمين .

ومما تجدر الإشارة إليه هنا : أن خلاف العلماء في هذا القسم وقع علي وجهين :

الأول : مقدار الاستناد إلي مقتضيات هذا الباب ــ سد الذرائع ــ وما يئول إليه من تطبيقات في مختلف الأحكام الشرعية، فالمالكية في ذلك أكثر تطبيقا وأعمالاً لمقتضى هذا الأصل .

الثاني : عدم اعتبار ذلك أصل من الأصول المستقلة عند الحنفية والشافعية بخلاف المالكية والحنابلة إذ جعلوه أصلاً مستقلاً من الأصول التي يستدل بها علي الأحكام [١] .

---

(١) ينظر : شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٨ ، وإرشاد الفحول ص ٢٤٦ .

ثانياً : موقف الفقهاء من الاحتجاج بسد الذرائع :

أولاً : موقف الإمام أبو حنيفة من سد الذرائع :

لا يختلف موقف الإمام أبو حنيفة كثيراً عن موقف الإمام الشافعي بالنسبة لسد الذرائع حيث إنه لم يعتبر منها إلا ماتعين طريقاً إلي الفساد علي سبيل القطع أو الظن فيسده حينئذ، لكنه يوافق المالكية في منع بيع الآجال وإن كان يخالفهم في بعض تفاصيلها [١].

ثانياً : موقف الإمام الشافعي من سد الذرائع :

اختلف العلماء وتعددت آراؤهم في تحديد موقف الإمام الشافعي من قاعدة الذرائع كدليل يعتمد عليه في استنباط الأحكام، فيري بعض العلماء منهم : القاضي الباجي ، والقاضي أبو الوليد ابن رشد ، والقاضي أبو بكر بن العربي والشيخ عبد القادر ابن بران ، وابن السبكي من الشافعية ، أن الإمام الشافعي لا يقول بسد الذرائع ولا يعطي الوسيلة حكم المقصد ٠

ويري جماعة من العلماء منهم : الإمام أبو إسحاق الشاطبي وبعض العلماء المعاصرين ، إلي أنه يقول بسد الذرائع مطلقا، وإذا كان قد روي عنه عدم الأخذ بالقاعدة في بعض الفروع ، فلذلك يرجع إلي دليل ترجح عنده العمل به علي هذه القاعدة في تلك الفروع ٠

---

(١) ينظر: الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها ص ٣٣١ ، وتهذيب الفروق ج٣ /ص ٢٧٦ ، والموافقات ج٤ /ص ٢٠٠ ٠

وتوسط فريق ثالث : فقال إن الإمام الشافعي يعتبر قاعدة الذرائع في بعض الفروع دون البعض ، إلا أن هذا الفريق لم يبين الضابط الذي سار عليه الشافعي فيما يأخذ فيه بقاعدة الذرائع وما يدع [١].

ولهذا الخلاف في النقل عن الإمام الشافعي أسباب منها :

١ ـ اختلاف الأصوليين قديما وحديثاً حول تحديد موقف الإمام الشافعي من هذا الأصل .

٢ ـ تعارض النصوص الواردة عنه في ذلك .

٣ ـ وجود بعض الفروع الفقهية في المذهب الشافعي ظاهرها البناء علي " سد الذرائع " [٢].

ثالثاً : موقف الإمام مالك وأحمد من " سد الذرائع "

إن أكثر من أخذ وعمل بسد الذرائع هو الإمام مالك حتى صارت عليه علما وبها يعرف ، وتبعه الإمام أحمد بن حنبل مخالفاً في ذلك أستاذه الإمام الشافعي الذي لم يتوسع في الأخذ بسد الذرائع .

والسبب في ذلك هو أن الإمام مالك والإمام أحمد كانا ينظران إلي المآل للفعل وبذلك كان عملهم في الأخذ بسد الذرائع

---

(١) ينظر : الموافقات ج٣ / ص ٣٠٥ ، والأشباه والنظائر لابن السبكي ج١ / ص ١١٩ .

(٢) ينظر : المرجع السابق ، ومدى الحاجة للأخذ بنظرية المصالح المرسلة للدكتور / سعد محمد الشناوي ج١ / ص ٢٣٤ ط دار الفكر العربي .

أوسع ، أما الإمام الشافعي وأبو حنيفة ــ رضى الله عنهما ــ كانا ينظران إلي الفعل نظرة مادية ولا ينظران إلي المآل وبذا لم يكن عندهما العمل بسد الذرائع كثيراً ٠

والخلاصة : أن قاعدة سد الذرائع قاعدة متفق عليها بين الأئمة ، وإنما الخلاف في تحقيق مناط هذه القاعدة في بعض الجزئيات ، ولهذا نجد بأننا إذا تعرضنا للأدلة التي ساقها الأئمة الإعلام فإننا نجد الجميع متفقون علي العمل بها وذلك حسب ما سيوضح فيما يأتي :

أدلة المثبتين لسد الذرائع

استدل العلماء للقول بسد الذرائع ، واعتبارها أصلاً في بناء الأحكام عليها بالكتاب والسنة والإجماع والاستقراء والمعقول ٠

وممن أجاد وأفاض في الاستدلال له ابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين حيث إنه ذكر تسعة وتسعين وجهاً من الكتاب والسنة وعمل الصحابة تدل علي منع الذرائع ٠٠ ثم ذكر هذه الوجوه ، ثم قال : ولنقتصر علي هذا العدد من الأمثلة، الموافق لأسماء الله الحسنى التي من أحصاها دخل الجنة ، تفاؤلاً بأنه من أحصى هذه الوجوه وعلم أنها من الدين وعمل بها دخل الجنة ٠

وما ذكره غيره من وجوه داخل فيما ذكره ، بل هو جزء

قليل منه، وإليك ذكر أبرز هذه الأدلة [١].

١ ــ من الكتاب :

قوله تعالي " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم " [٢].

وجه الدلالة من الآية : أن الله عز وجل نهى عن سب آلهة المشركين ،مع كون السب غيظاً لهم وحمية لله وإهانة لأصنامهم، لكونه ذريعة إلي أن يسبوا الله تعالى ، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم وهذا تصريح وتنبيه علي المنع من الجائز لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز [٣].

٢ ـ من السنة :

أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس وعند غروبها ، وكان من الحكمة في ذلك أنها وقت سجود المشركين للشمس ، وكان النهي عن الصلاة في ذلك الوقت سداً لذريعة المشابهة الظاهرة التي هي ذريعة إلي المشابهة في القصد من فعل المشركين .

كذلك منع النبي صلى الله عليه وسلم المقرض من قبول الهدية من المدين إلا أن يحسبها من دينه ، وما ذاك إلا لئلا يتخذ ذريعة إلي تأخير الدين لأجل الهدية فيكون ربا ، فإنه يعود إليه

---

(١) ينظر : إعلام الموقعين ج٣ / ص ١١٠ .
(٢) سورة الأنعام من الآية ١٠٨ .
(٣) ينظر : تفسير القرطبي ج٧ / ص ٦١ .

ماله ، وقد اكتسب الفضل الذي آل إليه بالإهداء ، فيكون قد استفاد بسبب القرض فيكون ربا [١].

٣ ـ عمل الصحابة :

أجمع الصحابة علي الأخذ بسد الذرائع بل قد عملوا به في أحكام كثيرة من أحكام الفقه الإسلامي حيث اتفقوا علي قتل الجماعة بالواحد ، وإن كان أصل القصاص يمنع ذلك ، لأن القصاص قائم علي المساواة ولا مساواة في قتل الجماعة بالواحد ، لكنهم قالوا بذلك لئلا يكون عدم القصاص منهم ذريعة إلي التعاون علي سفك الدماء [٢].

٤ ـ الاستقراء :

فقد تتبع العلماء نصوص الشريعة ، فوجدوها أنها قد سدت ذرائع الفساد في وقائع كثيرة ، مما يفيد القطع بأن كل ما يؤدي إلي المفسدة فهو محظور شرعاً فحكموا بهذا العموم المستفاد من تتبع الجزئيات علي كل حادثة تحدث دون حاجة منهم إلي دليل خاص بها من نص أو قياس [٣] .

٥ ـ من المعقول :

أنهم قالوا : بأنه لا يترتب علي العمل بسد الذرائع محال،

---

(١) ينظر : أثر الأدلة المختلف فبها ج٢ / ص ٥٩٤ .
(٢) ينظر : نصب الراية بمعناه ج٤ / ص ٣٥٤ ، وإعلام الموقعين ج١ / ص ١١٤ وتبصرة الحكام ج٢ / ص ٣٧٦ ، وشرح تنقيح الفصول ص ٢٠٠ .
(٣) ينظر : الموافقات للشاطبي ج٢ / ص ٢٥٠ .

وكل ما كان كذلك يكون جائز العمل به عقلاً ، بل إن العمل به موافق لمقتضى العقل ، وتوضيح ذلك : أن الله تعالى حرم أشياء وحذر منها ، فلو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليها لكان ذلك نقضاً للتحريم ، والتناقض مستحيل علي الشارع ، فما يؤدي إليه مستحيل [١].

هذه هي أبرز أدلة من ذهب إلي القول بسد الذرائع ٠

أدلة المنكرين للعمل بسد الذرائع ومناقشتها

استدل من ذهب إلي القول بعدم الأخذ بسد الذرائع ــ وهو ابن حزم الظاهري ومن تبعه ــ بأدلة منها :

قالوا إن سد الذرائع مظهر من مظاهر الاجتهاد بالرأي ، وهم يسدون هذا الباب ٠

ونوقش هذا : بأن القول بكون سد الذرائع مظهر من مظاهر بناء الأحكام علي الظواهر ، وهو مردود غير مسلم لكم لأن القول بهذا لا يعمل به علي الإطلاق ، بل لابد من التفريق بين الوضع السليم الخالي من كل شائبة والآخر الفاسد الذي تحف به القرائن الدالة علي فساده ، ولهذا من تدبر مصادر الشريعة ومواردها يتبين له أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبادات كما هي معتبرة في القربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلال أو حراماً أوصحيحاً أو فاسداً أوطاعة

---

(١) ينظر : إعلام الموقعين ج٣ / ص ١٠٩ ٠

أو مفسدة [١].

وبذلك يكون رأي أئمة المسلمين في القول " بسد الذرائع " هو الراجح وعليه العمل في فروع الفقه الإسلامي كما سيوضح فيما بعد .

(١) ينظر : إعلام الموقعين ج٣ / ص ٩٦ - ٩٧ ، والموافقات للشاطبي ج٤ / ص ١٣١ والأم ج٧ / ص ٢٨٠ ، وسد الذرائع في الشريعة الإسلامية للبرهاني ص ٦٨٤ .

المبحث الرابع

في أثر الاختلاف في الاحتجاج بسد الذرائع

لقد انبنى علي اعتبار " سد الذرائع " كثير من الأحكام الشرعية في أبواب الفقه الإسلامي وسوف نذكر أهم الفروع الفقهية التي بنيت علي الأخذ بسد الذرائع واعتباره دليل علي الأحكام الشرعية فيما يأتي :

الفرع الأول

مات وعليه زكاة لم يؤدها

اختلف العلماء فيمن وجبت عليه الزكاة ومات ولم يؤدها علي مذهبين :

المذهب الأول :

وهو ما عليه الإمام مالك وأبو حنيفة ومن تبعهم ، وهؤلاء يرون إن أوصي بها لزم الورثة إخراجها من الثلث ، وإن لم يوصي بها لم يلزمهم شيء [١].

المذهب الثاني :

وهو ما عليه الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل ومن تبعهم ، وهؤلاء يرون أنه يلزم الورثة إخراجها من جميع التركة أوصي

---

[١] ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٣٣١ ، والعناية ج٨ / ص ٤٦٦ .

بها أو لم يوصي بها [١]٠

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول في عدم لزوم شيء إذا لم يوص بها " سد الذرائع " ٠

ووجه الاستدلال بسد الذرائع :

أنه إذا لزمت الورثة ، أدي هذا لأن يترك الإنسان أداء زكاة ماله طول عمره اعتماداً علي أن ورثته سيخرجونها بعد موته، وربما يتخذ ذلك ذريعة للإضرار بهم [٢]٠

وأيضاً من أدلة الحنفية : قالوا إنها عبادة من شرطها النية، فسقطت بموت من هي عليه فإذا أوصي بها كانت من الثلث كغيرها من الوصايا [٣]٠

واستدل أصحاب المذهب الثاني علي ما ذهبوا إليه بالقياس :

وهو قياسها علي دين الآدمي والحج ، إذ أن الزكاة حق مالي واجب تصح الوصية به فلا تسقط بموت من هي عليه كالدين، وكما أن الدين يخرج من جميع المال فكذلك الزكاة [٤]٠

---

(١) ينظر : الأم ج٢ / ص ١٣ ، والمغني ج٢ / ص ٥٠٩ ، وأثر الأدلة المختلف فيها ج٢ / ص ٥٩٦ ٠

(٢) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٣٣٢ ٠

(٣) ينظر : بدائع الصنائع ج٢ / ص ٩٢٤ ٠

(٤) ينظر : الأم ج٢ / ١٠٧ ، ١٠٨ ٠

الفرع الثاني

الاحتباء [1] يوم الجمعة والإمام يخطب

اختلف العلماء في الحبوة يوم الجمعة والإمام يخطب على مذهبين :

المذهب الأول :

قالوا بأن الاحتباء يوم الجمعة مكروه وهو مذهب عطاء والحسن ومن تبعهم ٠

المذهب الثاني :

قالوا بأنه لا بأس به فهو جائز ، وهذا مذهب عبد الله بن عمر ومن تبعه ٠

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول بالسنة و"سد الذرائع "

أما السنة: فبما رواه معاذ عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه " نهي عن الحبوة يوم الجمعة والإمام يخطب " [2]

و أما " سد الذرائع " فلأن نهي النبي عليه السلام عن الاحتباء ، لأنه ذريعة إلي النوم المفوت لاستماع الخطبة ، وهذا

---

(١) الاحتباء : هو أن يضم الرجل رجليه إلي بطنه بثوب يجمعهما به مع ظهره ويشد عليه وقد يكون الاحتباء بالدين عوض عن الثوب ٠

(٢) رواه أبو داود والترمذي (ينظر : سنن أبي داود ج١ / ص ٢٨٩ ، وسنن الترمذي ج٢ / ص ٣٩٠ وتحفة الأحوذي ج٢ / ص ٤٥) ٠

ما نص عليه ابن القيم [١] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني : بالسنة ، وهو ما رواه أبو داود عن يعلي بن شداد بن أوس رضي الله عنه ــ قال شهدت مع معاوية فتح بيت المقدس فجمع بنا فنظرت فإذا أكثر من في المسجد أصحاب النبي عليه السلام ، فرأيتم محتبئين والإمام يخطب [٢].

هذا وما ورد من أخبار تدل علي الكراهية ، وما ورد من أحاديث لا تدل علي الكراهية يمنع الجمع بينهما تحمل الأولى علي من يخشي علي نفسه النوم ، والثانية علي من يأمن ذلك .

الفرع الثالث

قبلة الصائم

أجمع الفقهاء علي كراهية القبلة للصائم لمن لا يأمن أن يثير شهوته ، وهذا الشرط دليل علي كراهيتها لمن لا يأمن علي نفسه .

ودليلهم علي ذلك : سد الذرائع :

ووجه سد الذرائع : أن قبلة الصائم الذي لا يأمن أن تثير شهوته ذريعة إلي إفساد صومه ، لأنها ربما أدت إلي الوقاع المحرم في نهار رمضان أو الإنزال .

---

(١) ينظر : إعلام الموقعين ج٣ / ص ١١٨ .
(٢) ينظر : تحفة الأحوذي ج٣ / ص ٤٧ .

وذهب بعض العلماء : إلي أنها حرام ، وقل : إنها مكروهة كراهة تنزيه .

أما قبلة الصائم التي لا تحرك شهوته ، فقيل : لا بأس بها، وقيل : مكروهة ، ولا فرق بين من تحركه أولا ، وهي إحدى الروايات عن الإمام مالك وأحمد ، وأظهر الروايتين الفرق بينهما عند الإمام أحمد [١].

الفرع الرابع

نكاح المريض مرض الموت

اختلف الفقهاء في ذلك علي مذهبين :

المذهب الأول:

وهو للإمام مالك ــ رضي الله عنه ــ في المشهور عنه حيث ذهب إلي عدم صحة نكاحه [٢].

المذهب الثاني :

وهو اختيار أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، وهؤلاء يرون صحة نكاحه ، بشرط أن يكون بمهر المثل فيما إذا أصدقها أكثر من مهر المثل [٣] .

---

(١) ينظر : بدائع الصنائع ج٢ / ص ١٠٦ ، والمغني لابن قدامه ج٣ / ص ١٠٢ ، والمهذب للشيرازي ج٢ / ص ٨٤ ، والهداية ج١ / ص ٢٢٧ .

(٢) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٤٥ .

(٣) ينظر : الهداية ج٧ / ص ٤٠٣ ، والأم ج٤ / ص ٣١ ، والمغني ج٦ / ص ١٥٠ .

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول " بسد الذرائع "

ووجه " سد الذرائع " هو أن المتزوج في مرض الموت يتهم بقصد إضرار الورثة بإدخال وارث جديد زائد ، فيمنع منه حتي لا يتخذ ذريعة للتشقي من الورثة وإدخال الضرر عليهم [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني : بالقياس

وهو أنهم قاسوا صحة نكاحه علي صحة بيعه وشراءه بجامع أن كل منهما عقد معاوضه [٢].

الفرع الخامس

وجوب التسوية بين الخصوم في مجلس القضاء

أجمع الفقهاء علي أنه يجب علي الحاكم أن يسوي بين الخصمين في مجلس القضاء وألا يسمع من أحدهما دون الآخر[٣].

واستدل الفقهاء علي وجوب التسوية بين الخصمين بالسنة والأثر وسد الذرائع .

أما السنة : فيما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليسوا بينهم في المجلس

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٤٥ .

(٢) ينظر : الأم ج٤ / ص ٣١ ، وفتح القدير ج٧ / ص ٤٠٧ .

(٣) ينظر : الهداية ج٣ / ص ١٠٣ ، وسبل السلام ج٤ / ص ٥٧٨ ، والمهذب ج٢ / ص ٢٩٩ وبداية المجتهد ج٢ / ص ٤٧٢ ، واللباب ج٤ / ص ٨١

والإشارة والنظر ، ولا يرفع صوته علي أحد الخصمين أكثر من الآخر) [١].

وأما الأثر : فيما ورد عن عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ إلي أبي موسى في كتابه إليه آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلس حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك .

وأما سد الذرائع : فبينه ابن القيم فقال : إن الحاكم منهي عن رفع أحد الخصمين علي الآخر ، وعن الإقبال عليه دون غيره، وعن مشاورته والقيام له دون خصمه لئلا يكون ذلك ذريعة إلي إنكسار قلب الآخر ، وضعفه عن القيام بحجته وثقل لسانه بها [٢].

الفرع السادس

شهادة الزوجين بعضهما لبعض

اختلف الفقهاء في قبول شهادة كل من الزوجين للآخر علي آراء :

الرأي الأول:

يقول لا تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا الزوجة لزوجها

---

(١) رواه الدار قطني (ينظر : سنن الدار قطني ج٤ / ص ٢٠٥ ، ومجمع الزوائد ج٢ / ص ١٩٧ ، ونصب الراية ج٤ / ص ٧٣ .

(٢) ينظر : إعلام الموقعين ج٣ / ص ١١٥ .

وهذا مذهب الإمام مالك وأبو حنيفة [١].

الرأي الثاني :

يقول بقبول شهادة كل منهما للآخر ، وهذا مذهب الإمام الشافعي [٢].

الرأي الثالث :

يفرق بين شهادة الرجل وبين شهادة المرأة حيث يقول: بقبول شهادة الرجل ولا العكس ، وهذا مذهب الثوري ومن تبعه [٣].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول : بالسنة " وسد الذرائع "

أما السنة : فيما روي عن السيدة عائشة ــ رضى الله عنها ــ عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لزوجتها) وهذا نص في الدعوى ٠

وأما سد الذرائع : فلأن قبول شهادة كل منهما للآخر متهم فيها ، لأن الانتفاع بينهما متصل ، وقد يحمله هذا علي الشهادة بالباطل ، فسداً لهذه الذريعة لا تقبل شهادة أحد الزوجين

---

(١) ينظر : المدونة الكبرى ج١٣ / ص ٤ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٥٤٣ ، والهداية ج٦ / ص ٣٢ ٠
(٢) ينظر : الأم ج٧ / ص ٤٢ ٠
(٣) ينظر : الأم ج٧ / ص ٤٢ ٠

للآخر [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني : بالاستصحاب

وهو أن الأصل قبول شهادة العدل ، فيستصحب هذا الأصل حتى يدل الدليل علي ردها ولا دليل علي رد شهادة الزوجين [٢].

واستدل أصحاب المذهب الثالث : بالمعقول :

وهو أن شهادتها له فيها اتهام لها لكثرة ماله الذي تستفيد المرأة منه ، وأما هو فلا تهمة له .

والرأي الراجح : هو الأول وذلك سداً للذرائع ووجود التهمة .

الفرع السابع

في شهادة العدو[٣] لعدوه

اختلف العلماء في قبول شهادة العدو علي عدوه وذلك علي مذهبين :

المذهب الأول :

وهو مذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد ، وهؤلاء يرون

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٤٢٤ .

(٢) ينظر : الأم ج٧ / ص ٤٢ .

(٣) المراد من العداوة هنا : هي العداوة الدنيوية : ومثالها شهادة المقذوف علي قاذفه والمجروح علي جارحه ، والزوج الشاهد علي امرأته بالزنا ، أما العداوة في الدين : فلا ترد بها الشهادة كشهادة المسلم علي الكافر، أو المحق من أهل السنة علي مبتدع (ينظر : المغني والشرح الكبير ج١٢ / ص ٥٥) .

عدم قبول شهادة العدو علي عدوه [١].

المذهب الثاني :

وهو مذهب الإمام أبو حنيفة ومن تبعه ، وهؤلاء يرون قبول شهادة العدو علي عدوه إذا كان عدلاً ، وإن كان فاسقاً فلا تقبل قولاً واحداً [٢].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول بالسنة وسد الذرائع.

أما السنة :

فيما روي عن عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما – قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولأذي غمر علي أخيه ، ولا تجوز شهادة القانع لأهل البيت) [٣] .

وهذا الحديث واضح الدلالة علي المدعي والمطلوب حيث إن نص الحديث فيه تصريح بذلك .

وأما سد الذرائع : فلأن شهادة العدو علي عدوه تحمله علي الكذب بل يشهد عليه زوراً للتشفي من عدوه ، فمنع منها

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٤٦٤ ، والمهذب ج٢ / ص ٣٣٠ ، ومغني المحتاج ج٤ / ص ٤٣٥ ، وسبل السلام ج٤ / ص ٥٨٢ .

(٢) ينظر : بدائع الصنائع ج٦ / ص ٢٧٢ .

(٣) ينظر : رواه الإمام أحمد (ينظر : مسند أحمد ج٢ / ص ٢٠٤ ، وسبل السلام ج٤ / ص ٥٨٢ وسنن أبي داود ج٣ / ص ٣٠٤ .

سداً لهذا الباب [١] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني : بالقياس

حيث إنهم قالوا : إن العداوة لا تمنع قبول الشهادة كالصداقة .

وأجيب عن هذا : بأنه قياس مع الفارق ، لأن في شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه. وشهادة العدو علي عدوه يقصد بها نفع بالتشفي من عدوه فافترقا [٢].

والرأي الراجح : هو الأول القائل بعدم قبول شهادة العدو لعدوه، وذلك سداً لذريعة الوصول بهذه الشهادة إلي المحرم.

هذا والخلاف المتقدم في شهادة العدو علي عدوه أما شهادته له : فتقبل إذ لم يكن أصله أو فرعه إذ لا تهمة ، والفضل ما شهدت به الأعداء ، وقيل : لا تقبل شهادة له : لأنه متهم أيضاً في ذلك بأن يقصد الصلح والصداقة فيشهد بذلك [٣].

الفرع الثامن

القضاء لمن يتهم فيه

اتفق الفقهاء علي أن القاضي ينفذ قضاؤه لمن لا يتهم فيه، واتفقوا أيضاً علي أنه لا يقضي لنفسه .

---

(١) ينظر : إعلام الموقعين ج٣ / ص ١١٥ .

(٢) ينظر : نيل الأوطار ج٨ / ص ٢٩٢ .

(٣) ينظر : المحرر ج٢ / ص ٣٠ ، وقاعدة سد الذرائع للدكتور / محمود عثمان ص ٤٢٣ .

واختلفوا في قضائه لغيره ممن يتهم فيه كأبويه وولده وزوجته ــ مما لا تجوز شهادته لهم ــ وذلك علي مذهبين :

المذهب الأول :

وهو اختيار أبو حنيفة ومالك ــ رحمهما الله ــ ومن تبعهم وهؤلاء يرون أنه لا يجوز قضاؤه لكل من لا تجوز له شهادته [١]

المذهب الثاني :

وهو للشافعي ومن تبعه ، حيث ثبت عنه في القضاء للأصول ٠ والفروع قولان : الصحيح منهما : لا يجوز ، والآخر : يجوز ، وهذان القولان : وجهان عند الحنابلة ، اختار أبو بكر الثاني منهما وهو قول ابن النذر وأبي ثور [٢]٠

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول " بسد الذرائع "

ووجه " سد الذرائع " أنه يتهم في محاباته له كما يتهم في شهادته له ، وكذلك قضاؤه له يمكن أن يكون وسيلة للجور علي خصمه ، فيمنع سداً لذريعة التهمة والجور ٠

واستدل أصحاب المذهب الثاني : وهو الإمام الشافعي للقول الصحيح بأن أصوله وفروعه إبعاضه فقضاؤه لهم يشبه

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٤٦٠ ، والهداية ج٦ / ص ٣١ ، وتحفة الفقهاء ج٣ / ص ٦٣٩ ٠

(٢) ينظر : المنهاج ج٤ / ص ٣٩٣ ، والمغني ج١٠ / ص ٩٤ ٠

قضاءه لنفسه ، ولذلك لا يمتنع عندهم القضاء لأحد غير الأصول والفروع ٠

والرأي الراجح : هو القول بالجواز ، لأن القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة ، والقاضي أسير البينة ، فلا تظهر منه تهمة ، وهو حكم لغيره فأشبه حكمه للأجانب ، هذه هي مجموعة الفروع التي ظهر فيها أثر الاختلاف في العمل بسد الذرائع ، وقد أوردناها علي سبيل المثال لا الحصر ٠

الفصل الرابع

في قول الصحابي

ويشتمل علي أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الصحابي في اللغة والاصطلاح ٠

المبحث الثاني : في بيان طرق معرفة الصحابي ٠

المبحث الثالث : في مذاهب العلماء في الاحتجاج بقول الصحابي

المبحث الرابع : في أثر الاختلاف في جواز الاحتجاج بقول الصحابي ٠

المبحث الأول

في تعريف الصحابي في اللغة والاصطلاح

أولاً : تعريف الصحابي في اللغة :

يعرف الصحابي في اللغة : بأنه المرافق ومالك الشيء والقائم أيضاً علي الشيء قال تعالى " وما جعلنا أصحاب النار إلا ملائكة " [١]فالصاحب هنا بمعني الملازم لهذه النار ، ويقال أصحاب الأخدود وأصحاب الزراعة وما إلي ذلك .

ويطلق اسم الصاحب كذلك علي من اعتنق مذهباً أو رأياً . وتلحقه ياء النسب فيقال صحابي [٢]: والصحابي جمعه صحابه والمراد به من لقي رسول الله عليه السلام وكان مؤمنا ومات علي الإسلام .

ثانياً : تعريف الصحابي في الاصطلاح :

الصحابي : هو من لقي النبي صلى الله عليه وسلم ، مؤمناً به ومات علي الإسلام فيدخل فيمن لقيه من طالت مجالسته له أو قصرت ، ومن روى عنه أو لم يرو ومن غزا معه أو لم يغز ، ومن رأه رؤية ولو لم يجالسه ، ومن لم يراه لعارض كالعمى [٣]

---

(١) سورة المدثر آية : ٣١ .

(٢) ينظر : المعجم الوسيط ج١ / ص ٥٠٧ .

(٣) ينظر : علوم الحديث ومصطلحه للدكتور / صبيح الصالح ص ٣٥٢ ط دار العلم بيروت ، والإصابة ج١ / ص ٧ ،وتهذيب الأسماء واللغات ج١ / ص ١٤ .

المبحث الثاني

في الطرق التي يعرف بها الصحابي

لمعرفة الصحابي طرق عدة نذكرها فيما يأتي :

١ ـ أن يعرف أنه صحابي بطريق التواتر كالخلفاء الراشدين وغيرهم .

٢ ـ أن يروي عن أحد الصحابة .

٣ ـ أن يعرف كونه صحابي بقوله وأخباره عن نفسه بعد ثبوت عدالته بأنه صحابي .

٤ ـ الاستفاضة أو الشهرة بأن هذا صحابي [١].

---

(١) ينظر : الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي د / عبد الحميد إسماعيل ص ٢٨٣ .

المبحث الثالث

في بيان آراء العلماء في الاحتجاج بقول الصحابي

تحرير محل النزاع :

المراد بقول الصحابي : هو مذهبه في المسألة الاجتهادية، وهو ما نقل إلينا وثبت لدينا عن أحد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من فتوى أو قضاء في حادثة شرعية ، لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة ولم يحصل عليها إجماع فإذا نقل إلينا شيء من هذا بطريق صحيح ، هل يجب العمل به ، ويعتبر حجة في بناء الأحكام يقدم علي القياس أم لا ؟ .

قال الآمدي : اتفق الكل ـ أي كل الفقهاء ـ علي أن مذهب الصحابي في مسائل الاجتهاد لا يكون حجة علي غيره من الصحابة المجتهدين إماماً كان أو حاكما أو مفتياً أهـ [١].

كذلك لا خلاف أن قوله ليس بحجة : إذا ظهر رجوعه عن ذلك القول ، أو خالفه فيه غيره من الصحابة ، كما اتفق الفقهاء علي أن قول الصحابي حجة علي العوام مطلقا سواء في عصره أو في غير عصره من العصور المتأخرة .

وإنما اختلفوا في كون مذهب الصحابي حجة علي التابعين ومن بعدهم من المجتهدين : وذلك علي مذاهب :

---

(١) ينظر : الأحكام للآمدي ج٤ / ص ١٣٠ .

المذهب الأول :

وهو للأشاعرة والمعتزلة والشافعي في أحد قوليه وأحمد ابن حنبل في إحدى الروايتين عنه والكرخي ، وهؤلاء يرون أنه ليس بحجة مطلقاً ٠

المذهب الثاني :

وهو للإمام مالك والرازي والبردعي من أصحاب أبي حنيفة ، والشافعي في قول له ، وأحمد بن حنبل في رواية له ، وهؤلاء يرون أنه حجة مقدمة علي القياس مطلقا٠

المذهب الثالث:

وهو لبعض العلماء حيث ذهبوا إلي أنه حجة إن خالف القياس ، وإلا فلا ٠

المذهب الرابع :

وهو للحنفية وفيه تفصيل عندهم :

أ ــ إذا كان مما لا يدرك بالرأي فهو حجة عندهم باتفاق٠

ب ــ إذا كان مما يدرك بالرأي ، ولكنه اشتهر ولم يعرف له مخالف ، فهو حجة ٠

ج ــ إذا كان مما يدرك بالرأي ولم يشتهر ، فهو مختلف فيه: قال أبو الحسن الكرخي إنه ليس بحجة ، وقال أبو سعيد البردعي : إنه حجة يترك به القياس ٠

المذهب الخامس :

وهو لبعض العلماء حيث ذهبوا إلي أن قول أبي بكر وعمر دون غيرهما يكون حجة [١] .

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول بأدلة منها :

١ ـ قوله تعالى " فإن تنازعتم في شيء فرده إلي الله والرسول " [٢] .

ووجه الاستدلال بها :

أن الله عز وجل أوجب الرد عند الاختلاف إلي الله والرسول، فالرد إلي مذهب الصحابي يكون تركاً للواجب وهو ممتنع ٠

٢ ـ أجمعت الصحابة علي جواز مخالفة كل واحد من آحاد الصحابة المجتهدين للآخر ولو كان مذهب الصحابي حجة لما كان كذلك ، وكان يجب علي كل واحد منهم اتباع الآخر، وهو محال ٠

---

(١) ينظر : في تقرير هذه المذاهب : الإحكام للآمدي ج٤ /ص ١٣٠ ، والآيات البينات ج٤ / ١٩٤ ، وشرح العضد ج٢ /ص ٢٨٧ ، ونهاية السول ج٣ / ص ١٤٤ ، والبحر المحيط ج٦ /ص ٥٣ ، ونشر البنود ج٢ /ص ٢٥٧ ، وأصول السرخسي ج٢ /ص ١٠٥ ، وروضة الناظر ص ١٤٥ وتيسير التحرير ج٣ /ص ١٣٢ ، وفواتح الرحموت ج٢ /ص ١٨٧ ، الوصول لابن برهان ج٢ /ص ٣٧٠ وكشف الأسرار ج٣ /ص ٣٧٠ ، والمستصفي ج١ /ص ٢٦٠ ، وروضة الناظرين ص ٢٠٤ ٠

(٢) سورة الحشر الآية ٢ ٠

٣ – أن الصحابي من أهل الاجتهاد ، والخطأ ممكن عليه، فلا يجب علي التابعي المجتهد العمل بمذهبه كالصاحبين والتابعين [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي :

١ – قوله تعالى " كنتم خير أمة أخرجت للناس ، تأمرون بالمعروف " [٢].

ووجه الاستدلال بهما :

قالوا : هو خطاب مع الصحابة بأن ما يأمرون به معروف، والأمر بالمعروف والمعروف يجب القول به .

٢ – قوله صلى الله عليه وسلم (أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم) [٣] وقوله عليه السلام (اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر) [٤] ولا يمكن حمل ذلك علي مخاطبة العامة والمقلدين لهم ، لما فيه من تخصيص العموم من غير دليل ولما فيه من إبطال فائدة تخصيص الصحابة بذلك ، من جهة وقوع الاتفاق علي جواز تقليد العامة لغير الصحابة من المجتهدين ، فلم يبق إلا أن يكون المراد به وجوب اتباع مذاهبهم [٥].

---

(١) ينظر : الأحكام للآمدي ج٤ / ص ١٣١ .

(٢) سورة آل عمران الآية ١١٠ .

(٣) ذكره السيوطي في الجامع الكبير (ينظر : الجامع الكبير ج١ / ص ١٠٣٥) وذكر أن له روايات عدة أسانيدها كلها ضعيفة ، ولكن يشهد له الأحاديث الصحيحة .

(٤) رواه الإمام الترمذي (ينظر : سنن الترمذي ج٥ / ص ٢٧١) .

(٥) ينظر : الأحكام للآمدي ج٤ / ص ١٣٣ .

٣ ــ بالإجماع وهو أن عبد الرحمن بن عوف ولىّ عليّا ــ رضي الله عنه ــ الخلافة بشرط الاقتداء بالشيخين ، فأبى ، وولي عثمان ، فقبل ، ولم ينكر عليه منكر ، فصار إجماعاً [١].

واستدل أصحاب المذهب الثالث بما يأتي : ــ

قولهم : بأن الصحابي إذا قال قولا يخالف القياس، فأما ألا يكون له فيما قال مستند أو يكون لا جائز أن يقال بالأول ، لأن مؤداه أن الصحابي قال في الشريعة بحكم لا دليل عليه ، والقول بحكم لا دليل عليه محرم إجماعاً ، لأنه قول في الدين بالهوي والتشهي ، وحال الصحابي العدل ينافي ذلك ، وإذا فلابد وأن هناك مستند لقوله ٠ ولا مستند وراء القياس سوى النقل ، لأن الظاهر من حال المجتهد العدل أن لا يخالف القياس بلا دليل يصلح مأخذاً للحكم الشرعي فكان حجة متبعة ، واحتمال أن يكون قد ظن غير الحجة حجة لا يدفع الظهور بخلاف ما إذا كان مذهبه موافقاً للقياس ، فإنه يحتمل أن يكون مأخوذاً من ذلك القياس ، ولم يلزم أن يكون له حجة أخرى ، وقياس المجتهد لا يصلح حجة علي المجتهد الآخر [٢].

واستدل أصحاب المذهب الرابع : وهم القائلون بحجية مذهب الصحابي فيما لا يدرك بالرأي بما يأتي :

---

(١) ينظر : المرجع السابق ، شرح العضد ج٢ / ص ٢٨٨ ، والمستصفي ج١/ ص ١٣٥ ٠

(٢) ينظر : الإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٣٣ ، وأصول الفقه للشيخ زهير ج٤ / ص ١٩٤ ، وشرح العضد ج٢ / ص ٢٨٨ ، ونهاية السول ج٣ / ص ١٤٥ ٠

قالوا إذا قال الصحابي قولاً في حكم شرعي لابد وأن يكون له مستند من رأي أو سماع ، إذ لا يجوز أن يحمل قول الصحابة علي الكذب ، فإنما انتقلت إلينا نصوص الدين بروايتهم ، وفي حمل قولهم علي الكذب والباطل قول بفسقهم وذلك يبطل روايتهم، كما أنهم لا يظن بهم المجازفة في القول. وعلي هذا : فإذا كان قول الصحابي مما لا يدرك بالقياس والرأي تعين أن يكون سنده السماع، ويحمل علي التوقف والتنصيص من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وصارت فتواه كروايته عن رسول الله عليه السلام حيث لا مدخل للرأي في هذا الباب ، ولا شك أنه لو ذكر سماعه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كان ذلك حجة لإثبات الحكم به، فكذا إذا افتي به ولا طريق لفتواه إلا السماع ، فوجب العمل به لا محالة [١].

واستدل أصحاب المذهب الخامس بما يأتي :

قوله صلى الله عليه وسلم (أن يطع القوم أبا بكر وعمر يرشدوا) [٢].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث :

هو أن النبي عليه الصلاة والسلام جعل الرشد معلقاً بطاعة أبي بكر وعمر ، فلو أفتوا بالخطأ في حكم وأصابه من بعدهم لكان

---

(١) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ج٢ / ص ٣٤٥ ، وكشف الأسرار ج٣ / ص ٣١٩ وشرح المنار ص ٧٣٤ .

(٢) أخرجه الترمذي عن أبي هريرة وقال حديث حسن صحيح (ينظر : الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي ص ٣٠٣ .

الرشد في خلافهما [١].

الرأي الراجح :

بعد أن استعرضنا لآراء العلماء وما استندوا إليه من أدلة علي ما ذهبوا إليه فإنه يتبين لنا أن العمل بقول الصحابي يكون حجة، لأن عدالتهم ولزوم اتباعهم قد ثبت وجوبه علينا بالكتاب والسنة. لأنهم لا يقولون إلا صدقاً ولا يفتون إلا بحق .

والله أعلى وأعلم

---

(١) ينظر : إعلام الموقعين ج٤ /ص ٤٠ .

المبحث الرابع

في أثر الاختلاف في جواز الاحتجاج بقول الصحابي

كان لاختلاف الفقهاء في القول بحجية هذا الدليل أثر ظهر في كثير من فروع الفقه الإسلامي وفيما يأتي بعض الفروع الفقهية التي تظهر هذا الأثر وهي :

الفرع الأول

صلاة الجمعة علي من صلى العيد

إذا كان الفطر يوم الجمعة أو كان الأضحى يوم الجمعة، فهل تجزيء صلاة العيد عن حضور صلاة الجمعة ؟ اختلف الفقهاء في ذلك علي مذاهب :

المذهب الأول :

وهو للإمام الشافعي ومن تبعه وهؤلاء يرون : أن أهل المصر لا تسقط عنهم الجمعة وإن حضروا صلاة العيد ، وأما أهل القرى ، إذا حضروا صلاة العيد فإنه يرخص لهم في ترك الجمعة، وتبعه أيضاً الإمام أحمد حيث قال بعدم سقوطها عن الإمام (مطلقا في المصر أو في غيره) وعن أهل الحضر ، وأما أهل القرى فإنها تسقط عنهم [1] .

---

[1] ينظر : الأم ج١ / ص ٢١٢ ، والمغني ج٢ / ص ٢٨٥ .

المذهب الثاني :

وهو للإمام مالك وأبي حنيفة ومن تبعهما ، وهؤلاء يرون سقوطهما عن أي فرد سواء أكان من أهل القرى أم من أهل الحضر [١] .

المذهب الثالث :

وهو لعطاء بن أبي رباح : حيث قال : إذا صلوا العيد، لم تجب بعده في هذا اليوم صلاة الجمعة ولا الظهر ولا غيرها إلا العصر، لا علي أهل القرى ولا أهل البلد [٢].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول بقول الصحابي :

وهو ما رواه مالك عن ابن شهاب عن أبي عبيد مولى ابن أزهر قال : شهدت العيد مع عثمان بن عفان ، فجاء فصلى ثم انصرف فخطب وقال : إنه قد اجتمع لكم في يومكم هذا عيدان ، فمن أحب من أهل العالية (مكان بأعلى أراضي المدينة ، وهي قرى بالنسبة إليهما) أن ينتظر الجمعة فلينتظرها ، ومن أحب أن يرجع فقد أذنت له أهـ قال هذا في محضر من الصحابة وعلى ملأ منهم ، ولم ينكر عليه أحد .

والشافعي ـ رحمه الله ـ علي أصله بعمل قول الصحابي

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ج١ / ص ٢١١ ، والهداية ج١ / ص ٤٢٣ .
(٢) ينظر : المجموع ج٤ / ص ٣٦١ .

هذا، حيث أنه يوافق القياس ، لأن أهل القرى : لو كلفوا انتظار الجمعة وعدم الرجوع إلي أهليهم أو كلفوا بالعود إليها بعد ذهابهم، لكان في ذلك مشقة عليهم ، وحضور الجمعة يسقط بالمشاق [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني : بالسنة:

وهي ما روي إياس بن أبي رملة الشامي قال : شهدت معاوية يسأل زيد بن أرقم : هل شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عيدين اجتمعا في يوم واحد ؟ قال : نعم قال : فكيف صنع ؟ قال : صلى العيد ثم رخص في الجمعة فقال : من شاء أن يصلى فليصل ، ومن شاء أن يجمع فليجمع) [٢].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث واضحة

واستدل أصحاب المذهب الثالث : بالسنة :

وهي ما رواه عطاء إذ قال : اجتمع يوم جمعة ويوم عيد علي عهد بن الزبير فقال : عيدان اجتمعا ، فجمعهما فصلاهما ركعتين بكرة لم يزد عليهما حتى العصر [٣].

---

(١) ينظر : المجموع ج٤ / ص ٣٦٠ ، والأم ج١ / ص ٢١٢ ، ومغني المحتاج ج١ / ص ٣١٦ وأثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ج٢ / ص ٣٥٩ ، والأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي ص ٣٠٧ وموطأ مالك ج١ / ص ١٨٩ ٠

(٢) رواه أبو داود وأحمد (ينظر : سنن أبي داود ج١ / ص ٢٤٦) ٠

(٣) ينظر : المجموع ج٤ / ص ٣٦١ ، وسنن أبي داود ج٢ / ص ٢٤٦ ٠

الرأي الراجح :

بعد ذكر مذاهب العلماء وأدلتهم يتضح لنا رجحان مذهب الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل لكونه يتفق مع روح التشريع الإسلامي من رفع الحرج والمشقة عن العباد .

الفرع الثاني

سجود التلاوة

اختلف الفقهاء في حكم سجود التلاوة علي مذاهب :

المذهب الأول :

وهو للإمام الشافعي وأحمد بن حنبل ومن تبعهم وهؤلاء يرون أنها سنة مؤكدة .

المذهب الثاني :

وهو لأبي حنيفة ومن وافقه ، وهؤلاء يرون أنها واجبة .

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول : بقول الصحابي :

وهو ما رواه مالك في الموطأ عن هشام ابن عروة عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قرأ سجدة وهو علي المنبر يوم الجمعة ، فنزل وسجد وسجد الناس معه ، ثم قرأها يوم الجمعة الأخرى ، فتهيأ الناس للسجود فقال : علي رؤوسهم

إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء فلم يسجد ، ومنعهم من أن يسجدوا [١]. وكان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد.

وجه الدلالة مما ورد عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – هو أنه لو كانت سجدة التلاوة واجبة لم تركها في بعض الأوقات ، لأن الصلوات المفروضة ليس منها سجود التلاوة [٢].

واستدل أصحاب المذهب الثاني : بالسنة :

وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم (السجدة علي من سمعها وعلي من تلاها) [٣].

ووجه الدلالة : أن سجود التلاوة واجب لقوله صلى الله عليه وسلم (على من سمعها) أي أنها واجبة علي كل سامع وكذا كل تال [٤] .

الفرع الثالث

الدخول بالمعتدة

اتفق الفقهاء علي أنه لا يجوز لرجل أن يتزوج امرأة غيره حال العدة سواء كانت عدة أقراء أو عدة أشهر أو عدة حمل، فإذا تزوج بها وهي في عدتها ، فرق بينهما ، واعتدت بقية عدتها من

---

(١) ينظر : موطأ الإمام مالك ج١ / ص ٢٠٦ .

(٢) ينظر : الأم ج١ / ص ١١٨ ، وبداية المجتهد ج١ / ص ٤١ .

(٣) رواه البخاري وأبو داود (ينظر : صحيح البخاري ج٢ / ص ٥١ ، وسنن أبي داود ج١ / ص ٣٢٤) .

(٤) ينظر : الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي ص ٣٠٦ .

الأول ، وكان الثاني خاطباً من الخطاب إذا لم يدخل بها ٠

واختلفوا فيما إذا دخل بها وهي حال عدتهما، وذلك علي مذاهب :

المذهب الأول :

وهو للإمام مالك : حيث ذهب إلي أنه يفرق بينهما ولا تحل له أبداً [١] وهي إحدى الروايتين عن الإمام أحمد ٠

المذهب الثاني :

وهو للإمام الشافعي وأبي حنيفة ومن تبعهم ، وهؤلاء ذهبوا إلي أنه يفرق بينهما ، فإذا انقضت عدتها من الأثنين كان خاطباً من الخطّاب [٢] وهي أحد الروايتين عن الإمام أحمد ٠

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول : بقول الصحابي :

وهو ما رواه مالك في الموطأ : أن عمر بن الخطاب ــ رضى الله عنه ــ فرق بين طلحة الأسدية وبين زوجها رشيد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال : إيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم كان الآخر خاطباً من الخطّاب ،

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٤٦ ، والشرح الكبير ج٢ / ص ٤٨٠ ، والمغني ج٨ / ص ١٢٤ ٠

(٢) ينظر : الأم ج٥ / ص ٢١٥ ، وفتح القدير ج٤ / ص ٤٤٤ ٠

وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً [١].

وما إلي ذلك إلا لأن الزوج الثاني استعجل الحق قبل وقته فحرمه قياساً علي الوارث لو قتل مورثه استعجالاً لموته [٢].

واستدل أصحاب المذهب الثاني : بفعل – علي كرم الله وجهه – حيث فرق بينهما وأمرها أن تعتد ما بقي من عدتها الأولى ، ثم تعتد بعد ذلك عدة مستقبلة ، فإذا انقضت عتها فهي بالخيار إن شاءت نكحت وإن شاءت فلا [٣].

والرأي الراجح : هو الأول القائل يفرق بينهما ولا تحل له أبداً حتى يعامل بنقيض قصده فيما استعجله قبل أوانه .

الفرع الرابع

إرث المطلقة في مرض الموت طلاقاً بائناً

اتفق العلماء علي أن المرأة ترث من زوجها إذا كان طلاقها رجعي ، وكان الموت في العدة كذلك اتفقوا علي أنه لا توريث : إذا كان الطلاق في الصحة وبانت قبل الموت واختلفوا فيما إذا طلق المريض زوجه طلاقاً بائناً ، ومات في مرضه، هل

---

(١) ينظر: الموطأ للإمام مالك ج٢ / ص ٥٣٦ ، والأدلة المختلف فيها للدكتور / مصطفي البغا ص ٣٩٣ ، والأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي للدكتور / عبد الحميد إسماعيل ص ٣١٥ .

(٢) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٤٧ .

(٣) ينظر :الأم ج٥ / ص ٢١٥ .

ترثه أو لا ؟ ـ مع اتفاقهم علي أنه لا يرثها إذا ماتت قبله ـ وذلك علي مذاهب :

المذهب الأول :

وهو للإمام مالك وأبو حنيفة وأحمد ومن تبعهم وهؤلاء يرون أنها ترثه ، ولكن اختلفوا فيما بينهم متى إذا مات ترثه؟ [١]

فقال أبو حنيفة وأصحابه: ترثه ما دامت في العدة ، فإذا مات بعد انقضائها فلا ميراث لها .

وقال أحمد في المشهور عنه : إنها ترثه ولو مات بعد انقضاء العدة ما لم تتزوج .

وقال مالك : ترثه مطلقا ولو تزوجت ومات بعد زواجها[٢]

المذهب الثاني :

وهو للإمام الشافعي ومن تبعه ، وهؤلاء يرون أنه لا توارث بينهما مطلقاً [٣].

الأدلة :

استدل الحنفية علي ما ذهبوا إليه بالاستحسان

وسند هذا الاستحسان هو الإجماع ، وهذا الإجماع عندهم هو أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبغ بن زياد

---

(١) ينظر : بداية المبتدي ج٣ / ص ١٥٠ ، والمغني ج٦ / ص ٣٩٤ .
(٢) ينظر : الموطأ ج٢ / ص ٥٧٢ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٨٢ .
(٣) ينظر : الأم ج٥ / ص ٢٣٥ .

من عبد الرحمن بن عوف ، لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في العدة ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ، فلم ينكر عليه أحد، فكان إجماع. هذا ويمكننا أن نعتبر أن من حجة الحنفية في هذه المسألة العمل بقول الصحابي ، إن لم نقل هو الحجة [١].

واستدل الحنابلة للرواية المشهورة عن أحمد العمل بقول الصحابي ، وهو ما روي أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات ، فورثته بعد انقضاء العدة ، قالوا : واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر ، فكان إجماعاً ولعل المرجع عندهم لرواية توريثها بعد انقضاء العدة : المعني الذي ذكروه من أن سبب توريثها فراره من ميراثها ، وهذا المعني لا يزول بانقضاء العدة [٢] .

واستدلوا علي عدم توريثها إذا تزوجت : بالإجماع

وهو إجماع المسلمين علي أن المرأة الواحدة لا ترث من زوجين ، وهذه وارثة من زوج ، فلا ترث زوجاً سواه كسائر الزوجات [٣].

واستدل الإمام مالك علي ما ذهب إليه بالعمل بقول الصحابي :

وهو ما رواه في موطئه أن عثمان ورث نساء ابن مكمل منه ، وكان طلقهن وهو مريض [٤] .

---

(١) ينظر : الهداية ج٣ / ص ١٥٥ ، وتحفة الفقهاء ج٢ / ص ٢٧٨ .
(٢) ينظر : الموطأ ج٢ / ص ٥٧١ .
(٣) ينظر : المغني ج٥ / ص ٣٩٥ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٨٣ .
(٤) ينظر : الموطأ ج٢ / ص ٥٧١ .

واستدل القائلين بعدم توريثها مطلقا بما يأتي :

قالوا إن الطلاق البائن إذا وقع لم تبق المطلقة زوجة ولا في معني الزوجة وطلاق المريض واقع بالاتفاق ، وإذا كانت ليست زوجة ولا في معناها ، فلا ميراث لها ، لأن الله جعل التوارث بين الزوجين ، وهذان ليسا بزوجين ٠ فكما أنه لا يرثها إذا ماتت ، فكذا هي لا ترثه إذا مات [١]٠

الفرع الخامس

زكاة الحلي

اختلف الفقهاء في زكاة الحلي علي مذهبين :

المذهب الأول :

وهو للإمام مالك والشافعي وأحمد ، وهؤلاء يرون عدم وجوب الزكاة في الحلي قل أو كثر [٢] ٠

المذهب الثاني :

وهو مذهب الإمام أبو حنيفة حيث أنه قال بوجوب الزكاة في الحلي [٣]٠

---

(١) ينظر : الأم ج٥ / ص ٢٣٥ ٠

(٢) ينظر : الأم ج٢ / ص ٣٥ ، والمغني ج٣ / ص ٤١ ٠

(٣) ينظر : الهداية وشروحها ج١ / ص ٥٢٤ ٠

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول : بفعل الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ـ فقد ورد عن عائشة رضي الله عنها إنها كانت تلي بنات أخيها يتامي في حجرها لهن الحلي ، فلا تخرج من حليهن زكاة ، وأن عبد الله بن عمر كان يحلي بناته وجواريه الذهب ثم لا يخرجن من حليهن الزكاة [١].

فقد دل هذا علي عدم وجوب إخراج زكاة الحلي أيا كان مقداره قليلاً كان أم كثيراً ٠

واستدل الإمام أبو حنيفة علي مذهبه بما يأتي :

بالسنة : وهو ما رواه علي بن أبي طالب عن النبي صلى اله عليه وسلم قال (هاتوا صدقة الرقة من كل أربعين درهماً درهم) [٢].

فقد دل هذا الحديث علي وجوب الزكاة في الحلي

والرأي الراجح : هو ما ذهب إليه الإمام الشافعي ومن تبعه وهو عدم وجوب الزكاة في الحلي لأن شرط الزكاة في المال أن يكون نامياً ، وحلي المرأة ليس بنامي ، وإنما هو من تمام جمالها وحليها كالزي لها الذي تتجمل به المرأة ٠

هذه هي بعض الفروع الفقهية التي بنيت علي العمل بقول الصحابي وما أوردناه علي سبيل المثال لا سبيل الحصر٠

---

(١) ينظر : الموطأ ج١ / ص ٢٥٠ ٠

(٢) رواه أبو داود (ينظر : سنن أبي داود ج١ / ص ٣٥٨) ٠

الفصل الخامس

في المصلحة المرسلة

وقد اشتمل على أربعة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف المصلحة المرسلة في اللغة والاصطلاح ٠

المبحث الثاني : في أقسام المصلحة من حيث الاعتبار والإلغاء ٠

المبحث الثالث : في آراء العلماء في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة ٠

المبحث الرابع : في أثر الاختلاف في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة ٠

المبحث الأول

في تعريف المصلحة المرسلة في اللغة والاصطلاح

تمهيد :

إن المطلع على نصوص الشريعة الإسلامية وأحكامها ، يجد بأن الغاية من وضع هذه الشريعة في جملتها وتفصيلها هي رعاية مصالح الناس ، فكل ما هو مصلحة مطلوب ، وجاءت الأدلة بطلبه ، وكل ما هو مضرة منهي عنه وتضافرت الأدلة على منعه ، وهذا أصل مقرر مجمع عليه لدى فقهاء الشريعة [١].

معنى المصلحة :

للمصلحة تعريف في اللغة وآخر في الاصطلاح :

أولاً : **تعريف المصلحة في اللغة** :

المصلحة لغة : تطلق باطلاقين : أحدهما : أن المصلحة كالمنفعة وزنا ومعنى فهي على هذا الإطلاق مصدر بمعنى الصلاح ، وأما اسم للواحدة من المصالح .

وثانيهما : فإنها تطلق على الفعل الذي فيه صلاح بمعنى النفع مجازاً مرسلاً [٢].

وقد ذهب الرازي إلى أنها : اللذة تحصيلاً أو إبقاء ،

---

(١) ينظر : ضوابط المصلحة للدكتور / رمضان البوطي ص ٧٤ وما بعدها .

(٢) ينظر : أقرب الموارد ج١ / ص ٦٥٦ ، ومختار الصحاح ص ٣٦٧ .

والمراد بالتحصيل جلب المنفعة والمراد بالإبقاء المحافظة عليها [١].

ثانياً : تعريف المصلحة [٢] في الاصطلاح :

ذكر الأصوليون للمصلحة المرسلة تعريفات عدة نذكرها فيما يأتي :

١ ــ عرفها الإمام الغزالي فقال : بأنها عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرة ثم قال : ولسنا نعني بها ذلك ، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة في مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم ، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشارع، ومقصود الشارع من الخلق خمسة هي أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم ونسلهم وعقلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة فهي مفسدة ودفعها مصلحة [٣].

٢ ــ وعرفها الآمدي بأنها : هي التي لم يشهد الشرع لها باعتبار ولا إلغاء [٤].

٣ ــ وعرفها ابن الحاجب بأنها : هي التي لم يشهد لها

---

(١) ينظر : المحصول ج٢ / ص ٤٣٤ .

(٢) يقصد بالمصلحة هنا المصلحة المرسلة ، لأنها هي موضع الخلاف بين العلماء أما مطلق مصلحة فإنها لم ينفها الشارع بل اثبتتها نصوص التشريع الإسلامي .

(٣) ينظر : المستصفي ج١ / ص ١٣٩ .

(٤) ينظر : الأحكام للآمدي ج٤ / ص ١٣٩ .

أصل بالاعتبار ولا بالإلغاء لا بنص ولا إجماع ولا بترتب الحكم على وفقه [١]. وعرفها أيضاً ابن قدامه بمثل تعريف ابن الحاجب.

وباستقراء ما ورد عن العلماء في تعريف المصلحة المرسلة نستطيع ان نستخلص لها تعريفاً فنقول بأنها :

هي المصالح التي لم يدل دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها ، فإذا وقعت واقعة لم يشرع الشارع لها حكماً ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه ، ووجد فيها أمر مناسب لتشريع حكم ـ أي إن تشريع الحكم فيها من شأنه أن يدفع ضراً أو يحقق نفعاً ، فهذا الأمر المناسب في هذه الواقعة يسمى المصلحة المرسلة ، ووجه أنه مصلحة : هو أن بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع ، وإنما سميت مرسلة ، لأن الشارع أطلقها ، فلم يقيدها باعتبار ولا إلغاء [٢].

---

(١) ينظر : شرح العضد على مختصر المنتهى ج٢ / ص ٢٤٤ ، وروضة الناظر ص ٢٦٩ .

(٢) ينظر : المستصفي ج١ / ص ١٣٩ ، والاعتصام ج٢ / ص ١١٣ ، والمحصول ج٢ / ص ٢٣٩ ، وأثر الأدلة المختلف فيها ص ٣٥ ، وضوابط المصلحة ص ٢٢١ .

المبحث الثاني

في أقسام المصلحة

أولاً : أقسامها من حيث مراتبها :

قسم علماء الشريعة الإسلامية الأعمال والتصرفات التي تعد من المصالح بالنظر الشرعي وبحسب دلائل نصوص الشريعة وأحكامها ، وبالنسبة لحفظ مقاصد الشريعة إلى ثلاث مراتب هاك بيانها :

١ ـ الضروريات ٢ ـ الحاجيات ٣ ـ التحسينيات

أولاً : الضروريات :

وهي الأعمال والتصرفات التي لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا ،وصيانة مقاصد الشريعة ، بحيث إذا فقدت أو فقد بعضها لم تجز المصالح على استقامة ، بل تنهار الحياة الإنسانية أو تختل وتفسد ٠ ويكون ذلك بإقامة أركانها وتثبيت قواعدها ، كما يكون بدرء الفاسد والاختلاف الواقع عليها ، أو المتوقع فيها [١].

---

[١] الموافقات للشاطبي ج٢ / ص٥ ، والبحر المحيط ج٣ / ص ٢٣٥ ، والإبهاج ج٣ / ص ٦٠ ، ونهاية السول ج٣ / ص ٥٣ ، ونشر البنود ج٢ / ص ١٧١ وشرح العضد على المختصر ج٢ / ص ٢٤٠ ، والأحكام للآمدي ج٣ / ص ٢٥٣ ، وشرح الكوكب المنير ج٤ / ص ١٦٢ ٠

ثانياً : **الحاجيات** :

وهي الأعمال والتصرفات التي لا تتوقف عليها صيانة تلك الأركان الخمسة بل قد تتحقق دونها ، ولكن مع الضيق ، فهي أعمال وتصرفات شرعت لحاجة الناس إلى التوسعة، ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة كي لا يقعوا في شدة قد تفوت عليهم المطلوب .

ثالثاً : **التحسينيات** :

وهي الأعمال والتصرفات التي لا تتحرج العباد بتركها ، ولكن مراعاتها من مكارم الأخلاق ، أو من محاسن العادات ، فهي من قبيل استكمال ما يليق ، والتنزه عما لا يليق من المدنسات التي تأنفها العقول الراجحة [١].

ثانياً : أقسام المصالح من حيث اعتبار الشارع لها وحكم كل قسم:

تنقسم المصالح من حيث قيام الدليل على اعتبارها وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

أ ـ المصالح المعتبرة :

وهي المصالح التي اعتبرها الشارع ، وقام الدليل منه على

---

(١) ينظر : الموافقات للشاطبي ج٢ / ص ١٠ ، والأنوار الساطعة ص ٢١٢ ، ٢١٥ وفواتح الرحموت ج٢ / ص ٢٦٢ ، ونشر البنود ج٢ / ص ٣٢١ والإحكام للآمدي ج٣ / ص ٣٩٥ ، والمستصفي ج١ / ص ٢٨٩ .

رعايتها فهذه المصالح حجة ، لا إشكال في صحتها ، ولا خلاف في إعمالها ، ويرجع حاصلها إلى القياس ٠

ب ـ المصالح الملغاه :

هي المصالح التي ليس لها شاهد اعتبار من الشرع ، بل شهد الشرع بردها وجعلها ملغاه ، وهذا النوع من المصالح مردود ، لا سبيل إلى قبوله ولا خلاف في إهماله بين المسلمين ٠

ج ـ المصالح المرسلة :

وهي المصالح التي لم يقم دليل من الشارع على اعتبارها ولا على إلغائها وهي ما سبق بيانها من حيث تعريفها في المبحث الأول وسوف يأتي حكمها في المبحث التالي [1]٠

---

(١) ينظر : في تقرير الأقسام الثلاثة : نبراس العقول ص ٢٧١ ، والمستصفي ج١ / ص ٢٨٤ ، وفواتح الرحموت ج٢ / ص ٢٦٥ ٠

المبحث الثالث

في

بيان آراء العلماء في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة

تمهيد :

قبل بيان مذاهب العلماء في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة لابد من بيان الأحكام التي تكون مجالاً لبنائها على المصلحة حيث إن الأعمال التي يكلف بها المسلم وتأخذ أحكاماً شرعية قسمان :

قسم يتصل بالعبادات ، وقسم يتصل بالعادات

أولاً : **قسم العبادات** :

ومثالها : الصلاة والزكاة والصيام والحج والإرث وشهور العدة، وما إلى ذلك مما استأثر الله تعالى بعلمه ، ولم يجعل للعقل مجالاً للبحث فيه ولا التنقيب .

وهذا القسم اتفق الفقهاء على أنه لا مجال للقياس ولا للاستحسان ولا للمصالح المرسلة ، لأنها أحكام تعبدية ولا سبيل في إدراكها ومن أجل هذا فإنه لا مجال للاجتهاد بالرأي فيها ولا منفذ فيها لقياس أو استحسان أو مصالح مرسلة .

ثانياً : **قسم العادات** :

(وما يتصل بها من أحكام معاملات وتعزيرات وطرق

إثبات وسائر أنواع الأحكام) .

فقد اختلف الأصوليون في العمل فيها بناء على مراعاة المصلحة على ثلاثة مذاهب .

المذهب الأول :

وهو لجمهور العلماء من الشافعية والحنفية وهؤلاء يرون أنه ليس بحجة مطلقاً [١].

المذهب الثاني :

وهو ما اختاره الإمام مالك ونجم الدين الطوفي الحنبلي وإمام الحرمين ومن تبعهم وهؤلاء يرون أنه حجة مطلقاً [٢].

المذهب الثالث :

وهو للإمام الرازي والبيضاوي ومن تبعهم ، وهؤلاء يرون إن كانت المصلحة المترتبة على شرع الحكم عنده ضرورية قطعية كلية كانت حجة ويجب العمل بها ، وإن فقدت واحد من هذه الأمور الثلاثة لم تكن حجة[٣] .

ومعنى كون المصلحة ضرورية أنها تحفظ ضرورة من

---

(١) ينظر : البحر المحيط ج٣ /ص ١٦٦ ، والمنخول ص ٣٥٥ ، والتقرير والتحبير ج٣ /ص ١٥٠ ونهاية السول ج٣ /ص ١٣٦ ،وحاشية البناني على جمع الجوامع ج٢ /ص ٢٨٤ ومسلم الثبوت ج٢ /ص ٢٦٦ .

(٢) ينظر : روضة الناظر ج٣ ص ١٥٠ ، والبحر المحيط ج٣ /ص ١٦٦ ، والاعتصام ج٢ /ص ١١١ ، والتقرير والتحبير ج٣ /ص ١٥٠ ، ومسلم الثبوت ج٢ /ص ٢٦٦ .

(٣) ينظر : المنخول ص ١٣٨ ، والإبهاج شرح المنهاج ج٣ /ص ١٩٨ .

الضروريات الخمسة ، ومعنى كونها كلية أنها توجب نفعاً عاماً للمسلمين ولا تختص ببعض الأفراد دون البعض ، ومعنى كونها قطعية أنها تثبت بطريق لا شبهه فيه ، ومثال ما توفرت فيه الشروط الثلاثة ، قتل الترس المسلم إذا تترس به الكفار عند اغارتهم وعلم أن عدم قتلهم يوجب قتل المسلم [١].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول بأدلة منها ما يأتي : ـ

أن الشارع الحكيم ألغى بعض المصالح واعتبره بعضها ، والمصالح المرسلة مترددة بين ما ألغاه الشارع وبين ما اعتبره، فلو قلنا باعتبارها لالحاقها بالمصالح المعتبرة للشارع الحكيم لتوجب علينا القول بإلغائها اعتباراً بالمصالح التي إلغاها الشارع، وكان هذا معارضة بالمثل ، ولا جواب لعدم الدليل الذي يجب الاستناد إليه ، ولو قلنا بترجيح أحد الأمرين على الآخر لكان تحكم وهو مرفوض ، فلم يبق إلا القول ببقائها على ما هي عليه ، فلا تكون حجة في إثبات الأحكام الشرعية ، لأن الأصل براءة الذمة حتى يقوم الدليل على شغلها ٠

وأجيب عن ذلك : بأن اشتمال الوصف على مصلحة راجحة ومفسدة مرجوحة يجعل اعتباره أرجح من إلغائه ، لأن الشارع قد اعتبر جنس المصلحة ، وذلك يغلب على الظن اعتبار المصلحة

---

(١) ينظر : أصول أبو النور زهير ج٤ / ص ١٨٥ ٠

المرسلة ، فيجب العمل بها ، لأن العمل بالظن واجب [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني بأدلة منها :

١ ـ قالوا إن الشارع قد اعتبر جنس المصلحة في نوع الحكم ، كما اعتبر جنسها في جنس الحكم ،واعتبار جنس المصالح في الجملة يوجب ظن اعتبار هذا المصلحة لكونها داخله تحت الجنس ، فوجب اعتبارها ، لأن العمل بالظن واجب [٢].

٢ ـ أن الصحابة ـ رضى الله عنهم ـ كانوا يقنعون في كثير من الوقائع بمجرد اشتمال الواقعة على مصلحة راجحة من غير نظر إلى شيء آخر ما دام لم يوجد دليل يدل على الواقعة بخصوصها ، وهذا مشعر بأن اعتبار المصلحة الراجحة قدر متفق عليه عندهم ، فكانت المصلحة المرسلة مجمعاً على اعتبارها والإجماع حجة يجب العمل به [٣].

ونوقش الدليل الأول بما يأتي :

بأنه لو صح أن يقال : إن الشارع اعتبر المصلحة المرسلة، لأنه اعتبر جنس المصلحة لصح أن يقال : إن الشارع قد ألغى المصلحة المرسلة لاشتراكها مع المصلحة الملغاه في

---

(١) ينظر : تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص ٣٢٤ ، وشفاء الغليل ص ١٩٥ وأصول زهير ص ١٨٦ .

(٢) ينظر : الإبهاج شرح المنهاج ج٣ /ص ١٩٩ ، ونهاية السول ج٣ / ص ١٣٦ وشرح تنقيح الفصول ص ٤٦٦ .

(٣) ينظر : الإبهاج شرح المنهاج ج٣ /ص ٢٠٠ ، ونهاية السول ج٣ / ص ١٣٧ ، وشرح تنقيح الفصول ص ٤٦٦ ، ونفائس الأصول ج٣ / ص ٢٠٠ ، وأصول أبو زهير ج٤ /ص ١٨٧ ، والمنخول ص ٣٥٧ .

الجنس ، وبذلك تكون المصلحة المرسلة معتبرة وغير معتبرة ، وهذا تناقض ٠

ونوقش الدليل الثاني :

بأن دعوى الإجماع على اعتبار المصلحة المرسلة من الصحابة دعوى لا دليل عليها ، فإن الصحابة إنما كانوا يعتبرون من المصالح ما اعتبر منها القريب أو نوعها وليس محل خلاف [١].

واستدل أصحاب المذهب الثالث بما يأتي :

قالوا : إن المصلحة متي توافرت فيها الشروط السابقة ترجح اعتبارها على إلغائها ، فيكون الاعتبار مظنوناً ، وبذلك يكون المناسب في هذه الحالة حجة ، لأن العمل بالظن واجب ، وأما إذا فقد شرط من هذه الشروط ، فقد ترجح إلغاؤها على اعتبارها، فيجب العمل بالراجح عملاً بالبراءة الأصلية ٠[٢]

الرأي الراجح : بعد بيان أدلة المذاهب السابقة ومناقشتها، فإنه يتضح لنا رجحان الرأي القائل بالعمل بالمصالح المرسلة بشروط معينة وهو رأي الإمام مالك ، حيث إنه لم يقل بها على الإطلاق ، بل لا بد أن تكون ملائمة لتصرفات الشارع٠

---

(١) ينظر : المراجع السابقة بنفس الصفحات ٠

(٢) ينظر : المستصفي ج١ /ص ٣٠٧ ، وشفاء الغليل ص ١٩٠ ، والموافقات ج٢ /ص ٣٠ ، والمحصول ج٢ /ص ٨٢٢ ٠

كذلك فإننا لو نظرنا إلى ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة ـ الشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل ـ نجد بأنهم اشترطوا في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة ملائمتها لمقاصد الشارع وتصرفاته، وداخلة تحت جنس اعتبره الشارع وغير معارضة لنص أو إجماع أو قياس ٠

والله أعلم

المبحث الرابع

في

أثر الاختلاف في الاحتجاج بالمصلحة المرسلة

لقد كان للخلاف في اعتبار المصلحة المرسلة دليلاً مستقلاً أثر في اختلاف الأئمة في كثير من المسائل الفقهية ، إذ وجد العديد من المسائل التي اعتمد فيها الإمام مالك على اعتبار المصالح المرسلة وترتيب الحكم عليها ، وقد خالفه غيره من الأئمة في كثير من هذه المسائل.

وسوف نذكر بعض هذه المسائل والتي منها ما نص عليه الإمام الشاطبي في الاعتصام [1]وهي :

الفرع الأول : اتفاق الصحابة ـ رضوان الله عليهم ـ على حد شارب الخمر ثمانين ،وإنما سندهم الرجوع إلى المصالح والتمسك بالاستدلال المرسل ، قال العلماء لم يكن في زمان الرسول عليه السلام حد مقدر ، وإنما جري الزجر فيه مجرى التعزيز ولما انتهى الأمر إلى أبي بكر قرره على طريق النظر بأربعين ، ثم انتهى الأمر إلى عثمان فتتابع الناس ، فجمع الصحابة ، فاستشارهم فقال علي : من سكر هذي ، ومن هذي افترى ، فأرى عليه حد المفترى .

---

(١) ينظر : الاعتصام ج٢ / ص ١٣٢ ، ونظرية المصلحة المرسلة وأثرها في الفقه الإسلامي د / رمضان هيتمي ص ٢٤٥ .

وبين الشاطبي وجه إجراء هذه المسألة على المصالح المرسلة : بأن نص على الأصل الكلي الذي تندرج تحته هذه المسألة ، وهي إقامة الأسباب في بعض المواضع مقام المسببات، والمظنة مقام الحكمة أ هـ ٠

واستدل الشاطبي على هذا الأصل بما يأتي :

الفرع الثاني : جعل الشارع الإيلاج في أحكام كثيرة يجري مجرى الإنزال كإيجاب الغسل وغيره ، وفيه إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء وإعطائه حكمه ٠

الفرع الثالث : حرم الخلوة بالأجنبية حذراً من الذريعة إلى الفساد إقامة لمظنة الشيء مقام نفس الشيء ٠

فإقامة الشارع مظنة الشيء مقام نفس الشيء وهو الأصل الكلي أو الجنس العام الذي اعتبره الشارع ، والذي أطلق عليه الشاطبي المصلحة المرسلة على أساس أن هذا الأصل لم يدل عليه دليل معين ، وإنما دلت عليه مجموعة من النصوص والأدلة أفادت في مجموعها القطع به ، وأنه ملائم لتصرفات الشرع ٠

الفرع الرابع : النهي عن سفر المرأة بدون محرم ، لأن هذا مظنة لوقوعها فيما حرم الله تعالى فنزل الظن منزلة الشيء نفسه وأعطى حكمه ، فحرم سفر المرأة وحدها بدون محرم معها ٠

الفرع الخامس : تحريم عقد النكاح للمحرم ، لأن فيه مظنة إفساد الحج بالوطء وهو حرام فنزل الظن منزلة الشيء نفسه ، فأعطى حكمه .

كذلك أيضاً من الأصول العامة التي بناها الإمام مالك على المصلحة المرسلة .

تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة :

ومن فروعها :

الفرع السادس : تحريم الاحتكار وإخراج الطعام من يد المحتكرين قهراً ، فإن فيه تقديم المصلحة العامة وهي مصلحة الجماعة في توفير الأقوات على المصلحة الخاصة وهي حصول المحتكر على الربح تقديماً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

الفرع السابع : اتفاق الصحابة على منع أبي بكر حينما ولى الخلافة من التجارة والتحرف وجعل نفقته من بيت المال كي يتفرغ للنظر في مصالح المسلمين ، وفي ذلك تقديم للمصلحة العامة ، وهي رعاية مصالح الأمة على المصلحة الخاصة وهى اكتسابه من التجارة [1] .

ومن فروع الفقه الإسلامي التي بناها الحنفية على

---

[1] ينظر : الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي د / عبد الحميد إسماعيل ص ٩٢ - ٩٣ .

المصلحة أيضاً :

الفرع الثامن : تغريب الزاني البكر : حيث ذهبوا إلى أنه لا تغريب على البكر الزاني لأن في التغريب فتح باب الزنا ، لانعدام الاستحياء من العشيرة ، ولأنها قد تحتاج إلى المأكل والمشرب والملبس ، فتتخذ زناها مكسبة ، وهذا الاستدلال منهم التفات إلى المصلحة واعتبار لها [١].

الفرع التاسع : ومن فروع العمل بالمصلحة عند الشافعي :

ما جاء في الأم : حيث قالوا إن الرجوع عن الشهادة ضربان :

فإذا شهد الشاهدان أو الشهود على رجل بشيء يتلف من بدنه أو ينال ، مثل قطع أو جلد ، أو قصاص في قتل أو جرح ، وفعل ذلك به ، ثم رجعوا فقالوا : عمدنا أن ينال ذلك منه بشهادتنا، فهي كالجناية عليه ، ما كان فيه من ذلك قصاص خير بين أن يقتص أو يأخذ العقل ، وما لم يكن فيه ذلك قصاص أخذ فيه العقل ، وعزروا ، فقول الشافعي هذا لا يعتمد على دلالة نص من كتاب أو سنة ، إذ ليس في شيء منهما ــ مما يدل على شرعية القصاص ــ ما يدل على أن الشهود يقتص منهم إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أن نيل من المشهود عليه بسببها، وإنما

---

(١) ينظر : الهداية وشروحها ج٥ / ص ٥٢٤ .

هو استصلاح يعتمد ما تقتضيه مصلحة حقن الدماء ، وصونها عن غائلة المكر والأحقاد ، وهو ملائم لشرعة القصاص ، وإن كان الشافعي لا يسميه استصلاحاً أو مصلحة مرسلة [١]

ومن فروع العمل بالمصلحة المرسلة عند الإمام أحمد بن حنبل ما ذكره ابن القيم في إعلام الموقعين حيث قال :

الفرع العاشر : تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعوا إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغني عنه المكلف [٢]أ هـ .

ومن ثم أفتى الإمام أحمد بأن الحاجة إذا دعت إلى التصرف في مال الغير أو حقه ، وتعذر استئذانه جاز هذا التصرف ، وهذا أصل شرعي لم يشد له نص معين ولكنه ملائم لتصرفات الشرع، ومأخوذ معناه من أدلته .

ومن النصوص التي أخذ منها هذا الأصل حديث عروة بن الجعد البارقي حيث أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم ديناراً يشتري له به شاة ، فاشترى شاتين بدينار ، فباع أحداهما بدينار وجاء بالدينار والشاة الأخرى ، فباع واقبض وقبض بغير أذن النبي عليه السلام ، لتعذر حصوله على هذا الأذن وظهور الحاجة إلى هذا التصرف لما فيه من المصلحة الراجحة ، وقد أقر النبي

---

(١) ينظر : الأم ج٧ / ص ٥٠ ،وتخريج الفروع على الأصول للأسنوي ص ١٦٩ .

(٢) ينظر : إعلام الموقعين ج٣ / ص ٢٨٨ .

صلى الله عليه وسلم تصرفاته هذه... ولا يعد متعدياً بهذا التصرف .

الفرع الحادي عشر : ومن الفروع التي تندرج تحت هذا الأصل ذبح شاة الغير حين رآها تموت فذبحها حفظاً لماليتها لغيره، فأنه بذلك لا يعد متعدياً بهذا الذبح لأن ذلك أولى من تركها تموت [١].

هذه هي مجموعة من فروع الفقه الإسلامي التي أوردناها على سبيل المثال لا الحصر والتي تبين أثر اختلاف الفقهاء في العمل بالمرسلة الرسلة – أو الاستصلاح أو بالمرسل – وقد اكتفينا بما ذكر بما يتناسب مع خطة البحث .

والله أعلم

---

(١) ينظر : إعلام الموقعين ج٣ / ص ٣٩٣ ، والأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي ص ١٢٤ .

الفصل السادس

في العرف والعادة

وقد اشتمل على خمسة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف العرف والعادة في الاصطلاح ٠

المبحث الثاني : في أقسام العرف والعادة ٠

المبحث الثالث : في شروط اعتبار العرف ٠

المبحث الرابع : في بيان آراء العلماء في الاحتجاج بالعرف والعادة ٠

المبحث الخامس : في أثر الاختلاف في الاحتجاج بالعرف والعادة

المبحث الأول

في تعريف العرف والعادة في اللغة والاصطلاح

أولاً : تعريف العرف في اللغة والاصطلاح :

العرف في أصل اللغة : بمعنى المعرفة ، ثم استعمل بمعنى: الشيء المألوف المستحسن الذي تتلقاه العقول السليمة بالقبول. وقيل : العرف مأخوذ من عرف ، وعرف في الأصل تدل على أمرين : أحدهما: تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض ، وثانيهما : السكون والطمأنينة (١).

وأما في الاصطلاح : فهو ما استقر في النفوس من جهة شهادة العقول ، وتلقته الطباع السليمة بالقبول (٢). وهذا على رأى من يرى أن العرف والعادة معناهما واحد ومن هؤلاء الشيخ خلاف حيث ورد عنه أنه قال : العرف والعادة في لسان الشرعيين لفظان مترادفان معناهما واحد (٣) أ هـ .

وقال بعض العلماء في تقرير ذلك : إنما يحصل استقرار الشيء في النفوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر ، الصادر عن الميل والرغبة (٤).

---

(١) ينظر : مختار الصحاح ص ٤٢٧ ، ولسان العرب ج١١/ ص ١٤٤ ، والقاموس المحيط ج٣ / ص ١٧٣ .

(٢) ينظر : الوصول إلى قواعد الأصول للخطيب التمرتاشي تحقيق د / محمد شريف ص ٣٢٢ .

(٣) ينظر : مصادر التشريع الإسلامي ص ١٤٥ وأصول أبو زهرة ص ١٩٥ .

(٤) ينظر : المستصفي ج١ / ص ١٧ .

أما من يرى بأن هناك فرق بين العرف والعادة فقد جعل العرف أعم من العادة حيث جعلوا العادة : بأنها العرف العملي لقوم ٠

ثانياً : تعريف العادة في اللغة والاصطلاح :

العادة في أصل اللغة : الدأب والاستمرار على الشيء ، سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها مرة بعد الأخرى ٠

أما في الاصطلاح :

فمن العلماء من جعل العرف والعادة لفظين مترادفين لمعنى واحد فعرفها بما عرف به العرف حيث قال : العرف والعادة ما استقر في النفوس من جهة العقول ، وتلقته الطباع السليمه بالقبول [١].

ومن العلماء من جعل العادة نوع من العرف ، ومما ذهب إلى هذا الكمال بن الهمام حيث قال : العادة هي العرف العملي [٢]

والحقيقة أن الخلاف بين الأصوليين في تحديد معنى العرف والعادة خلاف لفظي اصطلاحي ، ولا مشاحة في الاصطلاح ٠

هذا ومما تجدر الإشارة إليه هنا :

---

(١) ينظر : المستصفي ج١ / ص ١٧ ٠

(٢) ينظر : تيسير التحرير ج١ / ص ٣١٧ ، ومالك للشيخ أبو زهرة ص ٤٢٠ ، ومصادر التشريع الإسلامي للشيخ خلاف ص ١٤٥ ٠

بيان الفرق بين الإجماع والعرف :

ينحصر الفرق بين الإجماع والعرف فيما يأتي :

١ – لا يشترط في تحقق العرف صدوره من عامة الناس وخاصتهم بل يكفي فيه صدوره من الغالبية العظمي ولا يؤثر فيه شذوذ البعض بخلاف الإجماع ، فإنه يشترط فيه الاتفاق التام عند الجمهور .

٢ – يشترط في الإجماع اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر من العصور ، أما العرف فالمعتبره فيه اتفاق المجتهدين والعوام أو أغلبهم .

٣ – أن الحكم الثابت بالإجماع لا مجال لتغييره ، لأنه يكون كالحكم المستند إلى نص بخلاف الحكم المستند إلى العرف ، فإنه يتغير بتغير العرف .

٤ – لا يتحقق العرف إلا إذا تحقق فيه الدوام والاستمرار بخلاف الإجماع فإنه يتحقق بمجرد الاتفاق .

٥ – إذا تحقق الإجماع وانعقد حسم باب الاجتهاد بخلاف العرف ، فإنه مع تحققه يجوز الاجتهاد [1].

---

[1] ينظر : بحوث في الاجتهاد فيما لا نص فيه للدكتور / الطيب الحضري ص ٢٠١ وأثر الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد إسماعيل ص ٣٩١ .

المبحث الثاني

في

أقسام العرف والعادة

ينقسم العرف إلى أقسام متعددة تبعاً لاعتبارات مختلفة :

فينقسم باعتبار ذاته إلى :

١ ـ عرف لفظي :

وهو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ على معنى غير المعنى الموضوع له أصلاً بحيث يتبادر إلى الإفهام ذلك المعنى عند النطق به من غير قرينة تبين ذلك ومثاله تعارف الناس على إطلاق لفظ البيت على الذي يسكنه الناس مع أن المسجد بأصل وضعه اللغوي يسمى بيتاً كما في قوله تعالى " في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والأصال " [١] فقد أطلق هذه اللفظ على السنة الناس في أيمانهم أو تصرفاتهم ، فإنه يفسر بما تعورف عليه لا بأصل وضعها اللغوي .

٢ ـ العرف العملي :

وهو ما اعتاد الناس فعله في معاملاتهم وتصرفاتهم كتعارفهم على البيع بالتعاطي دون التقيد بلفظ الإيجاب والقبول وذلك فيما يكثر تداوله بين الناس ، فإذا تم بينهم تصرف دون

---

(١) سورة النور آية ٣٦ .

اشتراط ما يجرى عليه العرف ، كان الفيصل فيه هو عرف الناس وعادتهم .

وينقسم باعتبار كونه مشروعاً وغير مشروع إلى :

١ ـ عرف صحيح : وهو ما تعارف عليه الناس كلهم أو بعضهم ولم يدل أي دليل من الشارع على فساده وبطلانه ، وذلك حينما يكون غير مخالف لأدلة الشرع .

٢ ـ عرف فاسد (أي غير مشروع) : وهو ما تعارفه الناس وكان مخالفاً لأدلة الشرع ، ومن هذا النوع ما جرى عليه الناس في أفراحهم من تبذير كثير [١] .

وينقسم العرف من حيث صدوره من كل الأشخاص أو بعضهم إلى قسمين :

١ ـ عرف عام : وهو ما اعتاده عامة الناس في كل الأمصار كعقد الاستصناع .

٢ ـ عرف خاص :وهو ما اعتاده أهل بلد معين أو أصحاب مهنة خاصة مع مخالفة بقية البلدان أو أهل الحرف الأخرى الذين لهم في ذلك ومثاله ما تعارف عليه بعض بلدان الإسلام على التزام الزوج بتقديم هدايا معينة لبعض أقارب الزوجة عند زواجه . وغير ذلك [٢] من الأعراف الخاصة .

---

(١) ينظر : مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص ١٤٦ .
(٢) ينظر : الموافقات للشاطبي ج٢ / ص ٢٨٤ .

المبحث الثالث

في شروط اعتبار العرف

اشترط الفقهاء في اعتبار العرف وجعله دليلاً لبناء الأحكام الشرعية عليه ما يأتي :

١ ـ أن يكون العرف مطرداً أو غالباً بمعنى أن يكون العمل به مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف في واحدة منها، وهذا هو معنى الأطراد ، أو أن يكون العمل به جارياً في أكثر الحوادث إذا لم يكن في جميعها ٠

ولقد نص على هذا الشرط الإمام السيوطي في الأشباه والنظائر فقال: إنما تعتبر العادة إذا اطردت ، فإن اضطربت فلا ، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف أهـ [١].

٢ ـ أن يكون العرف متكرراً أو شائعاً ، وضابط التكرار في الاستعمال هو أن يصير المعنى المنقول إليه ـ اللفظ المتعارف عليه ـ مفهوماً بغير قرينة ، ويكون هو السابق إلى الفهم دون غيره [٢].

ويري ابن نجيم : بأن هذا يختلف من حالة إلى أخرى ، ونقل الخلاف في ثبوت العادة في الحيض بمرة أو مرتين ، وفي

---

(١) ينظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠١ ٠

(٢) ينظر : الفروق للقرافي ج١ / ص ٤٠ ٠

الكلب المعلم إذا ترك ثلاث مرات [١] .

٣ ــ أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه :

أي أن لا يوجد من المتعاقدين عند إنشاء التصرف تصريح منهما بقول يفيد عكس ما جرى به العرف ، ومثل القول العمل الذي يدل على ذلك ، فإذا صدر عن المتعاقدين ما يدل على خلاف العرف صح ذلك ، وكان العمل بما صرحا به لازماً دون العرف القائم .

وقد نص على هذا الشرط ابن عبد السلام فقال : كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح [٢].

٤ ــ أن يكون ملزماً : بمعنى أنه يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس .

وهذا الشرط ذكره الأستاذ أبو سنه ، وذكر له أمثلة من الفقه المالكي والحنفي [٣].

٥ ــ أن يكون العرف المراد تحكميه موجوداً وقت إنشاء التصرف ، لأن العرف إنما يؤثر فيما يوجد بعده أو معه لا فيما مضى قبله ، لأن المتأخر لا تحمل عليه الألفاظ [٤].

---

(١) ينظر : الأشباه لابن نجيم ص ١٠٣ .

(٢) ينظر : قواعد الأحكام ج٢ / ص ١٨٦ .

(٣) ينظر : العرف والعادة ص ٥٦ ـ ٦٨ ، والمدخل الفقهي العام ص ٨٦٣ وأثر الأدلة المختلف فيها ص ٢٨١ .

(٤) ينظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٦ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠٣ .

٦ ــ أن لا يكون العرف مخالفاً لأدلة الشرع :

أي أن لا يكون العمل بالعرف فيه تعطيل لحكم ثابت بنص شرعي ، أو أصل قطعي من أصول الشريعة ، فإذا كان كذلك فلا اعتبار عندئذ للعرف ، وهذا الشرط يفهم من الكلام عن معنى العرف المعتبر لدى الأصوليين [١].

---

(١) ينظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤ .

المبحث الرابع

في بيان آراء العلماء في الاحتجاج بالعرف والعادة

تمهيد :

قبل بيان مذاهب العلماء في الاحتجاج بالعرف لابد من تحرير المراد بالعرف لدى بحث الأصوليين : بمعنى ما المراد بالعرف عند الأصوليين حينما يبحثونه ؟

نقول :

إن المراد بحجية العرف هو أن نصوص الشارع وعبارات المتعاملين به تفسر وفقاً للعرف الجاري بينهم دون الوقوف على معاني تلك الألفاظ في أصل وضع اللغة ، ولم يكن المراد بحجية العرف جعله مصدراً من مصادر التشريع وأدلة الفقه كالكتاب والسنة والإجماع ٠

ومن خلال ذلك نستطيع أن نتوصل إلى ما يأتي :

أ – إن ما تعارف عليه الناس : إذا كان هو بعينه حكماً شرعياً ، وقد نص عليه الشارع وبينه إيجاباً أو تحريماً ، سواء أوجده الشارع ابتداءا ، أو كان متعارفاً بين الناس فدعا إليه واكده، فإن هذا النوع من العرف لا خلاف بين الفقهاء في وجوب العمل به ، وأن أحكامه ثابتة لا تتغير ولا تتبدل باختلاف الأزمان والأمصار ٠٠ إذ أن تغييرها وتبديلها نسخ لها ، ولا نسخ بعد

موت الرسول صلى الله عليه وسلم [١].

ب ـ إن ما تعارف عليه الناس إذا كان فيه أخذ بأمر نص الشارع على تحريمه نصاً قاطعاً ، أو كان فيه إهمال واجب ثبت بنص لا يقبل التخصيص ، فإن هذا النوع لا يجوز اعتباره باتفاق الفقهاء ، بل هو عرف فاسد [٢].

ج ـ أن مجال البحث فيما يخص العرف إنما هو في نوع ما يتعارفه الناس ويجري بينهم ، من وسائل التعبير وأساليب الخطاب والكلام وما يتواضعون عليه من الأعمال ، ويعتادونه من شؤون المعاملات مما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي ، فهذا حجة عند جميع الفقهاء يأخذون به ويبنون عليه كثير من الأحكام الشرعية .

وفي هذا يقول الشيخ أبو سنه : اعتبر الفقهاء على اختلاف مذاهبهم العرف وجعلوه أصلاً ينبني عليه شطر عظيم من أحكام الفقه [٣].

وقبل بيان أدلة حجية العرف يجدر بنا أن نسوق بعض الأمثلة التي بني الحكم فيها على العرف عند الفقهاء فنقول :

---

(١) ينظر: الموافقات للشاطبي ج٢ / ص ٢٨٣ .

(٢) ينظر : مصادر التشريع الإسلامي ص ١٤٦ .

(٣) ينظر : العرف والعادة ص ٢٣ ، ومدخل الفقه العام ص ١١٠ .

أولاً : **في الفقه الحنفي** :

١ــ في عقد الإجارة :

أ ــ من استأجر ليطبخ للوليمة ، فالعرف عليه اعتباراً للعرف .

ب ــ استئجار الدور دون بيان العمل ، فإنه يصح عقد الإجارة وتكون للسكنى ، لأن العمل المتعارف فيها السكنى ، فينصرف إليه (١).

٢ ــ في عقد البيع :

أ ــ إذا أطلق الثمن حمل على المتعارف ، كذلك المرجع فيما يرد به المبيع من عيوب إنما هو العرف .

ب ــ ما يدخل في بيع الدار ، المرجع فيه إلى العرف أيضاً، وغير ذلك من الفروع .

ثانياً : **في الفقه المالكي** :

ورد في كتب الفقه المالكي كثير من الفروع الفقهية التي بنى الحكم فيها على اعتبار العرف ومنها :

١ ــ الحرز في السرقة : يرجع فيه إلى ما اعتاده الناس في الحفظ (٢) .

---

(١) ينظر : الهداية ج٧ / ص ٧٩ ، ١٦٢ .
(٢) بداية المجتهد ج٢ / ص ٤٤٠ .

٢ ـ وجوب الرضاعة على الزوجة ، حيث إن الرضاعة تجب على الزوجة الدنيئة ولا تجب على الشريفة ، وما بنى عليه هذا الحكم هو العرف عند الإمام مالك [١].

ثالثاً : **في الفقه الشافعي** :

ما جاء في أجارة وسائل النقل : فإنه يحمل على المعتاد من المسافة والأماكن وكلك ما يحق للمستأجر تحميله فيما إذا كان الاستئجار للسفر أو لتنقل داخل البلد .

وما جاء في استصناع الصناع دون شرط الأجرة ، الأصل في الإجارة : أن تذكر المنفعة والأجرة عند العقد ، فإذا لم تذكر الأجرة وقام الأجير بالعمل اعتبر متبرعاً ولم يستحق الأجرة ، وإنما جرت العادة في بعض الصناعات ـ كالحلاقين ـ أن لا يذكر الأجر عند الاستئجار ، مع جريان العادة أن هؤلاء الصناع لا يعملون إلا بأجر ، ولذلك يستحق هؤلاء الأجر ولو لم يذكر عند الاستئجار [٢] .

رابعاً : **في الفقه الحنبلي** :

ما جاء في اعتبار الصنعة في الكفاءة ، فأما الصناعة ففيها روايتان أيضاً :

إحداهما : أنها شرط ، فمن كان من أهل الصنائع الدنيئة ـ

---

(١) المرجع السابق ج٢ / ص ٥٦ .

(٢) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ص ٢٥٩ ، وقواعد الأحكام ج٢ / ص ١٢٦

كالحجام والكساح والزبال – فليس بكفء لبنات ذوى المروءات أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية [١] .

وقال ابن قدامه في الاحتجاج لهذه الرواية ، لأن ذلك نقص في عرف الناس فأشبه نقص النسب ، وما جاء أيضاً في اعتبار الحرز في السرقة فإنه يرجع فيه إلى العرف [٢].

وهكذا نجد بأن جميع الفقهاء اعتبروا العرف في بناء الأحكام الشرعية عليه وأن ما وجد بينهم من اختلاف في بعض المسائل الفرعية المبنية على العرف فإن المرجع فيه إما لاختلاف في العرف نفسه ، أو في وجوده وعدم وجوده أو اطراده واضطرابه ، ولعل وجوه الاختلاف هذه ، هي السبب في اعتبار هذا الدليل الشرعي من الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين والفقهاء ، هذا وسوف نسوق الأدلة التي استند إليها الفقهاء في اعتبار العرف وهي ما يأتي :

استدل الفقهاء على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب :

فقوله تعالى " خذ العفو وأمر بالعرف واعرض عن الجاهلين " [٣].

---

(١) ينظر : المغني ج٧ / ص ٣٨ .
(٢) ينظر : المغني ج٩ / ص ١١١ .
(٣) سورة الأعراف آية (١٩٩) .

وجه الدلالة :

أن المولى أمر رسول صلى الله عليه وسلم بأن يأخذ بالعرف ، والمقصود من العرف ما يعرفه الناس ويتعارفونه فيما بينهم ، أو ما عرفته العقلاء أنه حسن وأقرهم الشارع عليه ، فكان هذا الأمر من الله دليلاً على اعتباره في الشرع ، وإلا لما كان للأمر به فائدة [١]٠

أما السنة :

فقوله صلى الله عليه وسلم لهند زوج أبي سفيان " خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف " [٢]٠

ووجه الدلالة من هذا الحديث واضحة حيث إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ضابط الإنفاق من مال أبي سفيان هو ما كان معروفاً في الإنفاق على الأسرة بين الناس ٠

أما الدليل من المعقول فمن وجوه :

الأول : قالوا إن نصوص الكتاب والسنة جاءت مطلقة عن البيان والتفسير ، وترك بيانها لعرف الناس ٠

الثاني : أن مصالح العباد لا تتحقق إلا باعتبار عاداتهم

---

(١) ينظر : شرح الكوكب المنير ج٤ / ص ٤٩٩ ، وحاشية البناني ج٢ / ص ٣٥٣ ، والغيث الهامع ص ٢٧٩ ، والمدخل الفقهي ج١ / ص ١٠٩ ٠

(٢) هذا جزء من حديث صحيح متفق عليه رواه الإمام البخاري ومسلم (ينظر: صحيح البخاري ج٥ / ص ٢٠٥٢ رقم ٥٠٤٩ ، وصحيح مسلم ج٣ / ص ١٣٣٨) ٠

المطردة ، والشارع قد جاء باعتبار المصالح ، فيلزم القطع باعتباره للعوائد .

الثالث : أن ورود التكاليف بميزان واحد في الخلق يدل على أن الشارع اعتبر العادات المطردة فيهم ، ولو لم يعتبرها لما كان هناك مانع من اختلاف التشريع واختلاف الخطاب [١].

هذه هي بعض الأدلة الدالة على حجية العرف عند الفقهاء اكتفينا بها وذلك لما تقتضيه طبعة البحث الذي نحن بصدده .

[تتمة]

تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير العوائد أو الأعراف والأحوال

فمن المعروف والمعلوم أن لكل مجتمع من المجتمعات عاداته وأعرافه التي تختلف مع المجتمع الآخر ، مع أن الإسلام جمع بين الناس جميعاً ووحد بينهم ـ لأنه دين لكافة البشرية إلا أننا نجد هناك اختلافاً في العادات والعرف ، وكان من نتيجة ذلك أن اختلفت تلك الأحكام تبعاً لاختلاف العرف والعادة .

قال الإمام القرافي : إن كل ما في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه ـ أي المجتهد ـ أهلية الاجتهاد بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء

---

(١) ينظر : الموافقات للشاطبي ج٢ / ص ٢٨٧ .

واجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد ٠ ألا ترى أنهم أجمعوا على أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود ٠ وكذلك في جميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب "[١] أهـ

هذا وما تغير من أحكام تبعاً لتغير العوائد محله الفروع الفقهية دون الأمور العقائدية ٠

---

[١] ينظر : معين الحكام ص ١٢٦ ، وإعلام الموقعين ج٣ / ص ١٧ ٠

المبحث الخامس

في بيان أثر الاختلاف في الاحتجاج بالعرف أو العادة

بينا فيما سبق أنه بالرغم من اتفاق الفقهاء على اعتبار العرف حجة شرعية لكن قد وجد خلاف فيما بينهم في بعض الفروع الفقهية التي بنيت على اعتبار العرف ، إما لاختلاف العرف نفسه ، أو لاختلافهم في وجوده وعدمه واطراده واضطرابه ، وإما لاختلافهم في بعض مسائله ومدى سلطانه. وقد ذكرنا بعض وجوه الاختلاف بينهم .

وعلى أية حال فإن اعتبار العرف دليلاً شرعاً ، كان له أثر في الفقه الإسلامي حيث وجد الكثير من المسائل العملية ، والفروع الفقهية المختلف فيها بين المذاهب وكان سبب هذا الاختلاف ـ في الظاهر ـ هو اعتبار العرف دليلاً من أدلة الأحكام ومن هذه الفروع ما يأتي :

الفرع الأول

البيع على البرنامج [١]

اختلف الفقهاء في بيع الأعيان الغائبة ، وهي التي لم يرها المتعاقدان سواء أكانت حاضرة أم غائبة وذلك على مذاهب :

---

[١] البرنامج : الورقة المكتوب فيها ما في الظرف .

المذهب الأول : وهو اختيار الإمام أبو حنيفة وأصحابه وهؤلاء يرون صحة بيع الغائب سواء أكان موصوفاً أو غير موصوف ، وإنما لا يلزم البيع ، ويثبت للمشتري خيار الرؤية ، سواء وجده على صفة وصفت له أم لا [١].

المذهب الثاني : وهو للإمام مالك ومن تبعه ، وهؤلاء يرون أنه يصح البيع إذا كان المبيعَ موصوفاً ، ويلزم المشتري إذا وجده على الصفة وهذا ما يسمى عند المالكية بالبيع على البرنامج ، وأما إذا لم يوصف المبيع لم يصح البيع [٢].

المذهب الثالث : وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعي في قوله الجديد حيث رأى أنه لا يصح مطلقاً [٣].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي :

١ ــ بالسنة وهي قوله صلى الله عليه وسلم (من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه : إن شاء أخذه وإن شاء تركه) وهذا الحديث نص في المدعي .

٢ ــ بالمعقول : وهو أن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار وإذا كان كذلك فلا ضرر ، لأنه إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه ، وعلى هذا لا يتناوله

---

(١) ينظر : الهداية ج٥ / ص ١٣٧ .
(٢) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ١٥٤ ، وموطأ مالك ج٢ / ص ٦٧٠ .
(٣) ينظر : الأم ج٧ / ص ٢٠٤ ، والمجموع ج٩ / ص ٣١٧ .

النهي عن بيع الغرر [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني : بالعرف

وبيانه : أنهم قالوا إن الصفة تنوب عن الرؤية ، وأن مثل هذا البيع ينتفي عنه الغرر لجريان العرف به ، ودعم هذا القول عند مالك بأن العمل عليه في المدينة [٢].

واستدل أصحاب المذهب الثالث بما يأتي :

ما ورد من حديث أبي هريرة ــ رضي الله عنه ــ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع الغرر) وفي هذا البيع غرر فلا يصح [٣].

الفرع الثاني

بيع المعاطاة

وهو بيع بدون وجود صيغة إيجاب وقبول .

وهذا البيع اختلف الفقهاء فيه على مذاهب :

المذهب الأول : وهو للحنفية والمالكية والشافعية وأحمد ، واختاره النووي وهؤلاء يرون صحة هذا البيع ، واستحسن هذا الرأي ابن الصباغ واختاره المتولى والبغوي وغيرهما [٤].

---

(١) ينظر : الهداية وشروحها ج٥ /ص ١٣٨ .
(٢) ينظر : بداية المجتهد ج٢ /ص ١٥٥ ، والموطأ للإمام مالك ج٢ / ص ٦٦٧
(٣) ينظر : الأم ج٧ /ص ٢٠٤ .
(٤) ينظر : الروضة ج٣ /ص ١٥٧ ، والمهذب للشيرازي ج١ / ص ٣٤٢ .

المذهب الثاني : وهو لبعض الشافعية وهؤلاء يرون أنه لا يصح بيع المعاطاة [١].

المذهب الثالث : وهو للكرخي من الأحناف حيث ذهب إلى عدم صحة بيع المعاطاة في الأشياء النفيسة ويجوز في الخسيسة [٢].

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول : بالعرف

وبيانه : أنهم قالوا إن الشارع الحكيم لم يشترط لفظ في الإيجاب ولا القبول ولا كيفية البيع في المعاطاة ، فوجب الرجوع فيه إلى العرف كغيره من الألفاظ .

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي :

قالوا إن الرضا أمر خفي لا يطلع عليه أحد ولكنه جعل اللفظ عليه دليلاً فأنيط الحكم بسبب ظاهر وهو الصيغة فلا ينعقد بالمعاطاة إذ الفعل لا يدل بوضعه .

واستدل أصحاب المذهب الثالث بما يأتي :

قالوا إن الأشياء الخسيسة كالبيض والبقول وغيرها لا تحتاج إلى صيغة فيها إيجاب وقبول بل تكفي المعاطاة حيث لا

---

(١) ينظر : الأشباه والنظائر لابن السبكي ج١ / ص ٥٠ ، والمغني ج٣ / ص ٤٨١ .

(٢) ينظر : الأدلة المختلف فيها ص ٤٠٧ .

تقبل دعوى عدم وجود رضا ، وذلك بخلاف النفيسة .

والرأي الراجح : هو الأول لقوة أدلته.

الفرع الثالث

حرز الأمتعة في الأسواق

اختلف الفقهاء في تحديد معنى الحرز في الأسواق على مذهبين :

المذهب الأول : وهو للإمام مالك والشافعي حيث ذهبا إلى أنه إذا ضمت الأمتعة بعضها إلى بعض في الأسواق ، فإن هذا الضم يكون حرزاً وبذلك فإن من سرق متاعاً في السوق بهذه الصفة فإن يده تقطع واختار ذلك الإمام أحمد بن حنبل [١].

المذهب الثاني : وهو اختيار الإمام أبو حنيفة حيث ذهب إلى أن السارق يقطع إذا سرق منها ليلاً ولا يقطع إن سرق منها نهاراً [٢].

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول علي ما ذهبوا إليه بما يأتي :

بالعرف ، وبيانه : إنهم قالوا إن الرجل إذا ضم بعض الأمتعة إلى بعض في موضع بياعاته وربط بحبل فإن ذلك يعتبر

---

(١) ينظر :الأم ج٦ /ص ١٣٥ ، والمغني ج٩ /ص ١١١ .

(٢) ينظر : الهداية ج٤ /ص ٤٢ .

حرزاً بالنسبة للأمتعة في عرف الناس ، وعلى هذا لو سرق منها السارق يقطع لتحقق السرقة من الحرز ٠

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه :

من القول بعدم القطع على السارق نهاراً لانعدام الحرز حيث إن العادة جرت على أن أصحاب المتاجر والحوانيت يأذنون للناس بالدخول ومع وجود الأذن لم يتحقق الحرز فلا توجد سرقة فلا قطع بخلاف السرقة ليلاً ٠

قال في الهداية : ولا قطع على من سرق مالاً من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله ، قال : ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات إلا إذا سرق منها ليلاً ، لأنها بنيت لاحراز الأموال ، وإنما الأذن يختص بالنهار ٠

قال ابن الهمام : فإن التاجر يفتح حانوته نهاراً في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشتروا منه ، فإذا سرق واحد منه شيئاً لا يقطع ، وكذا الخانات ، وقال : وإنما اختلف الحرز بالنهار للإذن، وهو منتف بالليل [1]٠

الفرع الرابع

سرقة أحد الزوجين من الآخر

اتفق الفقهاء على أنه إذا سرق أحد الزوجين من الآخر

---

(١) ينظر : المرجع السابق ، والأدلة المختلف فيها ص ٤١٠ ، ٤١١ ٠

مالاً أو متاعاً ، وكان المسروق في الحرز الذي يكسنان فيه ، ولا يختص به أحدهما دون الآخر ، ولم يحرزه عنه واتفقوا على أنه لا يقطع في هذا ، واختلفوا فيما إذا سرق أحدهما من حرز يختص به الآخر ، أو شيئا احرزه عنه هل يقطع أو لا ؟ فيه مذاهب ٠

المذهب الأول : وهو اختيار أبو حنيفة وأصحابه ، وهؤلاء يرون أنه لا قطع عليهما [١].

المذهب الثاني : وهو للإمام مالك حيث ذهب إلى أنه يقطع [٢] .

المذهب الثالث : وهو للإمام أحمد بن حنبل حيث ورد عنه روايتان : إحداهما كقول مالك والأخرى كقول أبي حنيفة [٣].

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

قالوا : إن العادة جارية بالتبسط بين الزوجين في الأموال، وهذا يورث شبهة يندفع بها الحد ، كما في سرقة الوالدين والخادم ٠

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

بعمل أهل المدينة ، حيث إن عمل أهل المدينة جرى على

---

(١) ينظر : الهداية ج٤ / ص ٢٣٩ ٠
(٢) ينظر : موطأ مالك ج٢ / ص ٨٣٧ ٠
(٣) ينظر : المغني ج٩ / ص ١٣٥ ٠

أن الرجل إذا سرق من متاع امرأته ، أو المرأة تسرق من زوجها، فإن كان الذي سرق كل واحد منهما من متاع صاحبه في بيت سوى البيت الذي هما فيه ، فإن بلغ المسروق ما يجب به القطع قطع ٠

واستدل الإمام أحمد بن حنبل على رواية عدم وجوب القطع بما استدل به أبو حنيفة ، وعلى رواية وجوب القطع بما استدل به الإمام مالك ومن تبعه وبعموم قوله تعالى " والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله والله عزيز حكيم" [١]

وجه الدلالة : أن المسروق مال محرز عن السارق ، ولا شبهة له فيه فأشبه ما لو سرقه أجنبي ٠

الفرع الخامس

ما يجزئ في كسوة كفارة اليمين

اتفق الفقهاء على أن الشخص إذا حلف وحنث في يمينه تلزمه كفارة اليمين وهي إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة، لكن إذا عين الحانث في الكفارة الكسوة فما الذي يجزيء في هذه الكسوة ؟ اختلف الفقهاء في ذلك على مذاهب :

المذهب الأول : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الذي يجزيء في الكسوة هو ما يستر جميع البدن ولا تجزيء السراويل [٢]٠

---

(١) سورة المائدة آية ٣٨ ٠

(٢) ينظر : الهداية ج٤ / ص ١٨ ٠

المذهب الثاني : وهو للإمام مالك ومن تبعه وهؤلاء يرون إن المجزيء في الكسوة هو ما تصح به الصلاة ،ولا يجزيء دون ذلك [١].

المذهب الثالث : وهو للإمام الشافعي حيث يرى بأنه يجزيء في الكسوة أقل ما يطلق عليه اسم الكسوة [٢].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

بالعرف ، وبيانه : هو أنهم قالوا إن العرف جرى على أن ستر جميع البدن يكون كساء وما عداه يكون عرياناً .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

قالوا إن الضابط في الكسوة هو المعني الشرعي لها ، وهو ما يستر العورة وتجوز به الصلاة ، وأيضاً فإنهم قاسوا الكسوة على الطعام ، حيث إنه لا يجزيء فيه أقل ما يقع عليه الاسم بل هو مقدر ، فكذلك الكسوة كما استدلوا كذلك بالعرف ، لأن الذي يلبس ولا يستر عورته يسمى عرياناً لا مكسياً وكذا الذي يلبس السراويل وحده أو مئزراً لا يستر عورته يسمى عرياناً .

واستدل أصحاب المذهب الثالث بما يأتي :

قالوا بأن أقل ما يطلق عليه اسم الكسوة يسمى كسوة في

---

(١) ينظر : الموطأ ج٢ / ص ٤٨٠ ، والمغني ج٩ / ص ٥٤٥ .
(٢) ينظر : الأم ج٧ / ص ٥٩ ، والأدلة المختلف فيها ص ٤١١ ، ٤١٢ .

العرف فيجزيء في التكفير عملاً بالعرف .

والرأي الراجح : هو القائل بأن المجزيء في الكسوة ما كان مغطياً لجميع البدن لأن هذا اسم لما يطلق عليه الكساء ، ولأن العرف جرى على تسميته هكذا [١].

والله أعلم

هذه هي بعض الفروع التي أوردناها على سبيل المثال لا سبيل الحصر ، وقد بينا فيها أثر الاختلاف في الاحتجاج بالعرف ، ومن أراد الوقوع على المزيد من هذه الفروع فعليه بكتب الفقه الإسلامي [٢].

---

(١) ينظر : ما سبق من مراجع بنفس الصفحات .
(٢) ينظر : تشنيف المسامع ج٣ / ص ٤٧٢ ، ٤٧٣ .

الفصل السابع

في شرع من قبلنا

وقد اشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف شرع من قبلنا ٠

المبحث الثاني : في آراء العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا

المبحث الثالث : في أثر الاختلاف في جواز الأخذ بشرع من قبلنا ٠

المبحث الأول

في تعريف شرع من قبلنا

تمهيد :

كان من نعم الله على خلقه أن يرسل إليهم الرسل مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة يوم القيامة ، وكان لكل رسول منهجه وتشريعه الذي يناسب أمته وقومه ، إذ كانت شرائعهم محدودة ومخصوصة بأقوامهم قال تعالى " لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً " (١) فقد دلت الآية أن لكل رسول له رسالة خاصة به وبقومه ، أما رسالة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم فإنها رسالة عامة وشاملة لكل الأحداث على مر الزمان واختلاف المكان مصداقاً لقوله تعالى " إني رسول الله إليكم جميعاً " (٢)

إذا تمهد هذا فما المراد بشرع من قبلنا ؟

المراد بشرع من قبلنا :

ما نقل إلينا من أحكام تلك الشرائع التي كانوا مكلفين بها ، على أنها شرع الله عز وجل لهم ، وما بينه لهم رسلهم عليهم الصلاة والسلام كشريعة إبراهيم وموسى وعيسى ــ وغيرهم من الأنبياء والمرسلين ــ فهذه الأحكام التي نقلت إلينا من شرائعهم : هل النبي صلى الله عليه وسلم بعد البعثة والأمة من بعده مكلفون

---

(١) سورة المائدة الآية ٤٨ .

(٢) سورة الأعراف الآية ١٥٨ .

باتباعها ومتعبدون بها أولا ؟ [١] وهذا سوف يجاب عليه في المبحث الثاني

المبحث الثاني

في أراء العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا

تمهيد :

قبل بيان مذاهب العلماء وأدلتهم في الاحتجاج بشرع من قبلنا لابد من تحرير محل النزاع فأقول :

أولاً : أن الشرائع السماوية كلها واحدة في أصول الدين مثل الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسوله واليوم الآخر ، والقضاء خيره وشره حلوه ومره ، وغير ذلك من أصول العبادات التي لا تختلف فيها الشرائع ٠ مصدقاً لقوله تعالى " شرع لكم من الدين ما وحي به نوحاً والذي أوحينا إليك وما وحينا به إبراهيم وموسى وعيسي أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه " [٢] ٠

ثانياً : كذلك لا خلاف بين الفقهاء في أن الشريعة الإسلامية قد نسخت جميع الشرائع السابقة على وجه الإجمال قال تعالى " ومن يتبع غير الإسلام دينا فلن يقبل منه وهو في الآخرة

---

(١) لم أتعرض لبحث : هل النبي صلى الله عليه وسلم كان مكلفا قبل البعثة باتباع شرع أحد أو لا ؟ لأنه لا فائدة عملية في ذلك ، لها علاقة بموضوعنا ٠ (ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ص ٥٣٢ ، وشرح العضد ج٢ / ص ٨٦ ، وبحوث في الأدلة المختلف فيها للدكتور / محمد السعيد على عبد ربه ص ٢٥١ ، وأصول الفقه للدكتور بدران ص ٢٣٤) ٠

(٢) سورة الشورى من الآية ١٣ ٠

من الخاسرين " [١].

ثالثاً : كذلك فالاتفاق قائم على أن ما ثبت نسخه بشريعتنا ، فإنه لا يؤخذ به ، وكذلك ما قام الدليل على أنه كان خاصاً بالأقوام السابقة ، فإنه لا يسرى علينا حكمه ، ومثال ذلك : ما ثبت في شريعة موسى عليه السلام ــ من أن طهارة الثوب المتنجس لا تكون إلا بقطع الجزء الذي أصابته النجاسة ، فنسخ هذا الحكم في شريعتنا وجعل طهارة الثوب المتنجس بغسله بالماء وليس بقطع الجزء المتنجس .

رابعاً : كذلك لا خلاف ، في أن ما نقل إلينا من شرائع من قبلنا في كتب أصحاب تلك الشرائع أو على السنة أتباعها ، ليست بحجة علينا ولا يجب العمل بها بل ولا يجوز لأن هذا النقل لا يعتد به ، لما وقع في كتبهم من تغيير وتحريف ، ولأن غير المسلم لا يوثق به في نقل شريعة المسلم إليه ، بل لا يوثق به حتى في نقل ما هو شرع على أعدائه قال تعالى " وإن منهم لفريقاً يلوون ألسنتهم بالكتاب لتحسبوه من الكتاب وما هو من الكتاب ، ويقولون هو من عند الله وما هو من عند الله ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون " [١] .

وأما ما نقل إلينا من أحكام هذه الشرائع في القرآن الكريم، أو السنة الثابتة الصحيحة ، فلا شك أن هذا نقل صحيح يعتد به،

---

(١) سورة آل عمران من الآية ٨٥ .
(١) سورة آل عمران آية ٧٨ .

ولكن المنقول حينئذ ثلاثة أنواع :

النوع الأول : ما نقل إلينا من أحكام مقترنة بما يدل على أنها مشروعة في حقنا ، فهذه الأحكام ملزمون بالعمل بها ومطالبون بها بلا خلاف ، وذلك كمشروعية الأضحية الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام (ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم) [١]٠

النوع الثاني : ما نقل إلينا من أحكام مقترنة بدليل على أنها منسوخة في حقنا فهذه الأحكام أيضاً باتفاق العلماء ليست بشرع لنا ولا يجوز العمل بمقتضاها وذلك كما في قوله تعالى " قل لا أجد فيما أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير ، فإنه رجس أو فسقاً أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم " [٢]٠

النوع الثالث : ما ورد في شريعتنا من أحكام ، وكان مشروعاً في الشرائع السابقة ، ولم يرد دليل على أنه منسوخ في حقنا أو مشروع كما في قوله تعالى " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص " [٣] وهذا إخبار عما ورد من أحكام في التوراة٠

وهذا النوع هو محل الخلاف : هل هذه الأحكام شرع لنا

---

(١) رواه ابن ماجه (ينظر : سنن ابن ماجه ج٢ / ص ١٠٤٥ ، والفتح الرباني ج١٣ / ص ٥٧) ٠
(٢) سورة الأنعام آية ١٤٥ ٠
(٣) سورة المائدة آية ٤٥ ٠

وملزمون بالعمل بها أو أنها نقلت إلينا على سبيل الإخبار ، وليس علينا امتثالاً ولا الاقتداء بها ولا القياس عليها ٠

ثانياً : مذاهب العلماء في الاحتجاج بشرع من قبلنا :

اختلف العلماء في تعبد النبي صلى الله عليه وسلم وأمته بشرع من قبلهم بعد البعثة وذلك على مذاهب هاك بيانها :

المذهب الأول :

وهو لجمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة واختاره ابن الحاجب والسرخسي وابن القشيري وابن عبد الشكور وغيرهم ، وهؤلاء يرون أنها شرع لنا ، وأنها حجة يلزمنا العمل به [1]٠

المذهب الثاني :

وهو المختار عند الشافعي وبعض أصحابه وبعض الأشاعرة والمعتزلة والإمام أحمد في رواية ، واختاره الغزالي والرازي والبيضاوي والآمدي وابن السبكي ونقله البخاري في الكشف عن أكثر المتكلمين وطائفة من الحنفية وغيرهم ، وهؤلاء

---

(١) ينظر : المستصفي ج١ / ص ١٣٣ ، وكشف الأسرار ج٣ / ص ٢١٢ ، وشرح العضد ج٢ / ص ٢٨٦ وأصول السرخسي ج٢ / ص ٩٩ ، وتيسير التحرير ج٢ / ص ١٣٠ ، والبرهان ج١ / ص ٥٠٣ وفواتح الرحموت وشرحه ج٢ / ص ١٨٤ ، والإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٩٠ ، وحاشية العطار على جمع الجوامع ج٢ / ص ٢٥٣ ، واللمع لأبي إسحاق ص ٤٢ ، والمسودة ص ١٨٤ ٠

يرون أنها ليست بحجة ولا يلزمنا العمل بها [١] ٠

المذهب الثالث :

وهو رواية أخرى عن الإمام أحمد بن حنبل ٠

قال ابن قدامة المقدسي : شرع من قبلنا ، إذا لم يصرح شرعنا بنسخه ، فيه روايتان : إحداهما : إنه شرع لنا ، اختارها التميمي ، والثانية : ليس بشرع لنا [٢]٠

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

١ ــ بالكتاب : قوله تعالى " ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفاً " [٣]٠

وجه الدلالة من الآية :

قالوا إن الله عز وجل أمر نبينا عليه السلام أن يتبع ملة إبراهيم عليه السلام ، والأمر للوجوب والملة هي الشريعة ٠

٢ ــ وقوله تعالى " شرع لكم من الدين ما وصي به نوحاً والذي أوحينا إليك " [٤]٠

---

(١) ينظر : الإبهاج ج٢ /ص ٣٠٢ ، ونهاية السول ج١ /ص ٥٠٣ ، والإحكام للآمدي ج٤ /ص ١٩٠ ، وكشف الأسرار للبخاري ج٣ /ص ٢١٢ ، والمستصفي ج١ /ص ٢٥١ ، والمحصول ج١ /ص ٥١٩ ٠

(٢) ينظر : شرح المنار ص ٧٣٢ ، وروضة الناظر ص ٨٢ ، وشرح المحلي على جمع الجوامع ج٤ /ص ١٩٢ ٠

(٣) سورة النحل آية ٢٣ ٠

(٤) سورة الشورى الآية ١٣ ٠

وجه الدلالة من الآية :

قالوا إن الآية تدل على وجوب اتباعه صلى الله عليه وسلم لشريعة نوح ، فإن شرعه هو عين شرع نوح ، فإن الدين هو الشرع ، فيكون متعبداً بما أوحى إلى نوح عليه السلام [١].

٢ ــ بالسنة :

أ ــ وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم طلب منه القصاص في سن كسرت فقال : (كتاب الله يقضي بالقصاص)[٢] وليس في القرآن ما يقضي بالقصاص في السن إلا ما حكى عن التوراة في قوله تعالى " والسن بالسن " ولولا أنه متعبد بشرع من قبله لما صح الاستدلال بكون القصاص واجباً في دين بني إسرائيل على كونه واجباً في دينه .

ب ــ ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أيضاً أنه قال:

(من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها) [٣] وتلا قوله تعالى " وأقم الصلاة لذكرى " وهو خطاب مع موسى .

---

(١) ينظر : كشف الأسرار على أصول البزدوي ج٣ / ص ٢١٢ ، وفواتح الرحموت وشرحه ج٢ / ص ١٨٥ .

(٢) رواه البخاري والنسائي وأبو داود (ينظر : صحيح البخاري ج٣ / ص ٣٤٣ ، وسنن النسائي ج٨ / ص ٢٦ ، وسنن أبي داود ج٢ / ص ٥٠٣ .

(٣) رواه البخاري وأبو داود والنسائي ومسلم (ينظر : صحيح البخاري ج١ / ص ١٤٦ ، وسنن أبي داود ج١ / ص ١٠٠٣ ، سنن النسائي ج١ / ص ٢٣٨ ، وسنن مسلم ج١ / ص ٤٧٧ .

وجه الدلالة من هذا الحديث :

قالوا إن النبي صلى الله عليه وسلم استدل بهذه الآية على وجوب الصلاة عند تذكرها ، وإلا لم يكن لتلاوتها فائدة في هذا المقام ، وذلك دلالة الإيماء ، ولو لم يكن هو وأمته متعبدين بما كان موسى متعبداً في دينه لما صح الاستدلال [١].

٣ ـ بالمعقول :

حيث إنهم قالوا : إن الرسول الذي كانت الشريعة منسوبة إليه ، لم يخرج عن كونه رسولاً يبعث رسول آخر بعده ، فكذا شريعته لا تخرج أن تكون معمولاً بها ببعث رسول آخر ما لم يقم دليل النسخ لها ، وذلك أن ما ثبت شريعة لرسول فقد ثبتت حقيته وكونه مرضياً عند الله ، وإنما يبعث الرسول ليبين ما هو مرضي عند الله عز وجل ، فما علم كونه مرضياً ببعث رسول لا يخرج عن أن يكون مرضياً ببعث رسول آخر ، وإذا بقي مرضياً كان معمولا به كما كان قبل بعث الرسول الثاني ، وكان بعث الثاني مؤيدا لها ، وإلى هذا يشير قوله تعالى " لا نفرق بين أحد من رسله " [٢] وبهذا يتبين أن الأصل في شرائع الرسل عليهم السلام الموافقة إلا إذا ظهر تغيير حكم بدليل النسخ [٣].

---

(١) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ص ٥٣٦ ، وتيسير التحرير ج٣ / ص ١٣١ ، وأصول السرخسي ج٢ / ص ١٠٠ ، وشرح العضد على مختصر المنتهى ج٢ / ص ٢٨٧ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٨٥ .

(٣) ينظر : المستصفي ج١ / ص ١٣٤ ، وكشف الأسرار ج٣ / ص ٢١٣ ، والإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٢٥ وشرح العضد على مختصر المنتهي ج٢ / ص ٢٨٦ .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بأدلة منها :

١ ـ الكتاب : وهو قوله تعالى " لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا " [(١)].

وجه الدلالة :

أن الله تعالى قد صرح بأن الشرعة هي الشريعة والمنهاج الطريق وإذا كان الأمر كذلك فإنه يكون كل نبي داعياً إلى شريعته، وأن تكون كل أمة مختصة بشريعة جاء بها نبيهم ، كما تدل على عدم اتباع الأخير لمن تقدم من الأنبياء لأن الشريعة لا تضاف إلا لمن اختص بها دون التابع لها [(٢)].

اعتراض وجوابه :

اعترض على هذا الدليل : بأن الآية لا حجة فيها على ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي لأنه يحتمل التقييد إلا فيما قص عليكم من الأخبار عنهم مما لم يأت في كتابكم وأرى أن هذا الدليل يوافق قول بعض القدرية القائل بأن الرسول صلى الله عليه وسلم إذا لم يجدد أمراً فلا فائدة في إرساله ، فهم يعللون أحكام الله تعالى برعاية المصالح ، وهذا بطل ، لأن الله يفعل ويحكم بما يريد ، فلا راد لقضاءه ولا معقب على حكمه [(٣)] .

---

(١) سورة المائدة آية ٤٨ .

(٢) ينظر : أصول السرخسي ج٢ / ص ١٠١ ، روضة الناظر وشرحها ج١ / ص ٤٠٠ ، وكشف الأسرار على أصول البزدوي ج٣ / ص ٢١٤ ، وأثر الأدلة المختلف فيها ص ٥٣٧ .

(٣) ينظر : تفسير القرطبي ج٣ / ص ٢٥٥٨ .

٢ ـ بالسنة : وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذاً إلى اليمين قال له بم تحكم ؟ قال : بكتاب الله ، قال فإن لم تجد ؟ قال : سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فإن لم تجد؟ قال : اجتهد رأيي ، فقال : رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يحب الله ورسوله [١].

وجه الدلالة من هذا الحديث :

قد بينه الإمام الغزالي ـ وغيره من العلماء ـ حيث قالوا : إنه صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذاً إلى اليمن قال له : بم تحكم ؟ قال : بالكتاب والسنة والاجتهاد ، ولم يذكر التوراة والإنجيل وشرع من قبلنا ، فزكاة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وصوبه ولو كان ذلك من مدارك الأحكام لما جاز العدول إلى الاجتهاد إلا بعد العجز عنه [٢].

اعتراض وجوابه :

قالوا : بأننا لا نسلم أنه لو كان النبي صلى الله عليه وسلم متعبداً بشرع من قبلنا لذكره معاذ لاحتمال إنه إنما تركه ، لأن الكتاب يشمله ، والنبي عليه السلام قد قال : أقض بكتاب الله تعالى ، فإن الكتاب يشمل جميع الكتب ، فإنه كما يطلق على

---

(١) رواه الترمذي وأحمد وأبو داود (ينظر : سنن الترمذي ج٦ / ص ٦٩ ، ومسند أحمد ج٥ / ص ٢٣٠ وسنن أبي داود ج٣ / ص ٣٠٣ .

(٢) ينظر : المستصفي ج١ / ص ٢٥١ ، والإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٩٠ ، وروضة الناظر وشرحها ج١ / ص ٤٠٠ ، والمحصول ج١ / ص ٢٢٢ ، والمعتمد ج٢ / ص ٣٣٩ ، وشرح العضد على مختصر المنتهى ج٢ / ص ٢٨٧ ، وفواتح الرحموت وشرحه ج٢ / ص ١٨٥ .

القرآن الكريم يطلق على التوراة والإنجيل ، فإذا كان الكتاب شاملاً له ، اغني ذكر الكتاب عن ذكر شرع من قبلنا ٠

وأجيب عن ذلك : بأن معاذاً لم يذكرهما ، لأن ما فيهما ليس شرعاً لنا لقوله تعالى " لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا " ثم إن في الكتاب والسنة ما يدل على القياس ، فلماذا ذكر الاجتهاد؟ إذ كان ينبغي أن يقتصر على ذكر الكتاب ، فإن شرع في التفصيل كانت الشريعة السابقة أهم مذكوره ، أما قولكم : اندرجت التوراة والإنجيل تحت الكتاب فإنه اسم يعم كل كتاب قلنا : إذا ذكر الكتاب لم يسبق إلى فهم المسلمين شيء سوى القرآن ، وكيف يفهم غيره ولم يعهد من معاذ قط تعلم التوراة والإنجيل ٠٠٠ كما عهد منه تعلم القرآن ، ولو وجب ذلك لتعلمه جميع الصحابة لأنه كتاب منزل لم ينسخ إلا بعضه ، وهو مدرك لبعض الأحكام ٠٠٠ فدل هذا على أن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا ، وإنما كل شريعة مختصة برسول [١].

٣ - بالمعقول :

قالوا : لو كان النبي صلى الله عليه وسلم متعبداً بشرع من قبله للزمه مراجعتها والبحث عنها ولكان لا ينتظر الوحي ، ولا يتوقف في أحكام الوقائع التي لا تخلو الشرائع الماضية عنها كالظهار والمواريث وغيرها ، ولرجع إليها أولاً ، ولا خلاف أن

---

(١) ينظر : روضة الناظر وشرحها ج٢ / ص ٤٠١ والمستصفى ج١ / ص ٢٥١ ، وكشف الأسرار ج٣ / ص ٢١٣ ، والإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٢٣ ، ١٢٩ ، وتخريج الفروع على الأصول ص ١٩٨ ٠

هذا لم يحصل إذا لم ينقل لناشئ من ذلك ، فإما لا ندراسها وتحريفها، وهذا يمنع التعبد بها وإما لأنه صلى الله عليه وسلم غير متعبد بها أصلاً [1].

الرأي الراجح :

قال الدكتور : مصطفي البغا : ونحن نؤيده فيما يقول : أنه بعد عرض المذهب وأدلتهم ومناقشتها ، يبدو أن الخلاف في حجية شرع من قبلنا ليس فيه كبير أثر ، ويقرب أن يكون خلافاً لفظياً ، وذلك كما يظهر في الفروع الفقهية التي ذكروها في الاحتجاج بشرع من قبلنا ، حيث إننا نجد القائلين بأنه حجة يلزمنا العمل بها ، قلما يحتجون به في مسألة إلا ويعضدون احتجاجهم هذا بدليل آخر ثابت في شرعنا كما أننا نجد القائلين بنفيه كثيراً ما يستأنسون بنصوص تذكر أحكاماً وردت في شرع من قبلنا وإن كانوا لا يعتمدونها أصلا في المسألة ، وعلى كل فقد وجدت فروع عدة مختلف فيها بين المذاهب وكان مبنى الخلاف في الظاهر اعتبار هذا الدليل وعدم اعتباره ، مما يجيز لنا أن نعتبره من الأدلة التي كان لها أثر في اختلاف المذاهب وهذا ما سوف نوضحه في المبحث التالي .

---

(1) ينظر : المستصفي ج١ / ص ٢٥٣ ، والأحكام للآمدي ج٤ / ص ١٩١ ، والمحصول ج٢ / ٥٢٠ .

المبحث الثالث

في أثر الاختلاف في جواز الأخذ بشرع من قبلنا

ترتب على اختلاف الفقهاء في الاحتجاج بشرع من قبلنا كثير من الفروع الفقهية نذكر منها ما يأتي :

الفرع الأول

الجعل والجعالة

الجعل : هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء ، والمعلم على حذق المتعلم .

والجعالة : هو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملاً من رد ضالة أو بناء حائط أو غير ذلك .

والفرق بين الإجارة والجعالة: أن الإجارة يتقدر فيها العوض والمعوض من الجهتين والجعالة يتقدر فيها الجعل ، والعمل غير مقدر [١] .

فمثل هذه الأمور مظنون حصولها ، وليست متحققة الحصول إذ ربما يحدث البرء بيد الطبيب ، وقد لا يحدث ، وقد يحدث التعليم بيد المعلم وقد لا يحدث فمثل هذه العقود اختلف الفقهاء فيها على مذهبين :

---

(١) ينظر : المجموع شرح المهذب ج١٥ / ص ١١٣ .

المذهب الأول : وهو للإمام الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل وغيرهم ، وهؤلاء يرون جواز مثل هذه العقود [١].

المذهب الثاني : وهو اختيار أبو حنيفة وأصحابه ، وهؤلاء يرون عدم جواز عقود الجعالة [٢].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بأدلة منها :

١ ـ قوله تعالى " ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم " [٣].

وجه الدلالة من هذه الآية :

هو أن يوسف عليه السلام جعل حمل البعير لمن يأتي بصواع الملك ، وهذا الجعل على أمر مظنون قد يتحقق ، وقد لا يتحقق ، وهو إيجاد هذا الصواع .

٢ ـ من السنة : ما رواه سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ أنه رقى رجلاً بالفاتحة على قطيع من الغنم وشارطه على البرء) [٤].

---

(١) ينظر : الأم ج٣ / ص ٢٩٤ ،والشرح الكبير ج٤ / ص ٦٠ ، ٦٣ ، والمغني ج٥ / ص ٤٠٠ .

(٢) ينظر : الهداية وشروحها ج٧ / ص ١٤٨ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٢٣٢ ، وبدائع الصنائع ج٦ / ص ٥٧٩ .

(٣) سورة يوسف آية ٧٣ .

(٤) رواه البخاري وأبو داود (ينظر : فتح الباري ج٩ / ص ٥٤ ، وسنن أبي داود ج٤ / ص ١٧) .

ووجه الدلالة بهذا الحديث واضحة حيث إنه جعل للراقي جعلاً ، ولولا أن الجعالة جائزة لما أجازها النبي عليه السلام ٠

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

قالوا : إن في عقد الجعالة فيه غرر ، لأنه إجارة ، والإجارة تفسدها جهالة المنفعة المعقود عليها ، والجعالة عقد على منفعة مجهولة فلا تصح [١].

الرأي الراجح : بعد بيان أدلة المذهبين ومناقشتها ، فإنه يتضح لنا رجحان رأي أصحاب المذهب الأول لقوة أدلتهم ٠

الفرع الثاني

ضمان ما تفسده المواشي والدواب المرسلة

اختلف الفقهاء في ضمان ما تتلفه المواشي والدواب المرسلة على مذاهب ثلاثة :

المذهب الأول : وهو اختيار الإمام أبو حنيفة وأصحابه وهؤلاء يرون أنه لا ضمان على أصحابها مطلقاً [٢].

المذهب الثاني : وهو للإمام مالك والشافعي وأحمد ومن تبعهم ، وهؤلاء يرون أن ما أفسدته ليلاً فهو مضمون على

---

(١) ينظر : الهداية وشروحها ج٧ / ص ١٤٨ ، وبدائع الصنائع ج٦ / ص ٥٧٩

(٢) ينظر : بدائع الصنائع ج٩ / ص ٤٤٩١ ، والهداية ج٨ / ص ٣٥١ ، وبلوغ المرام ج٣ / ص ٢٦٤ ٠

أصحابها، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته في النهار [١].

المذهب الثالث : وهو الليث بن سعد ، حيث ذهب إلى أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته ليلاً كان ذلك أو نهاراً لكن بالأقل من قيمة الماشية [٢].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهب إليه بما يأتي :

قوله صلى الله عليه وسلم (العجماء جرحها جبار) [٣].

قال الإمام محمد في بيان وجهة الدلالة : بأن المراد بالعجماء هي المنفلتة ، وقد نص الحديث على أن فعلها هدر لعدم إدراكها ، فلا ضمان على ما اتلفته الماشية ليلاً ، كما لا يضمن صاحبها نهاراً ، كما لو اتلفت غير الذرع [٤].

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه " بشرع من قبلنا " .

وبيانه : في قوله تعالى " وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غنم القوم " [٥] .

وجه الدلالة من هذه الآية : أن النفش عند أهل اللغة لا

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ج٤ /ص ٢٠٦ ، والمغني ج٩ /ص ١٨٧ .
(٢) ينظر : المغني ج٤ /ص ٢٠٦ .
(٣) رواه البخاري وأبو داود وابن ماجه (ينظر : فتح الباري ج٩ /ص ١٥ ، وسنن أبي داود ج٢ /ص ٥٠٢ ، وسنن ابن ماجه ج٢ /ص ٨٥١) .
(٤) ينظر : الهداية ج٨ /ص ٢٦٤ ، وبدائع الصنائع ج٩ /ص ٤٤٩١ .
(٥) سورة الأنبياء آية ٧٨ .

يكون إلا بالليل ، وعلى هذا فإن الضمان يكون واجباً على صاحب الدابة في ما أتلفته ليلاً ، وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا ٠

ومعلوم أن الشافعي ـ رحمه الله تعالى ـ لا يرى هذا الرأي ، فلا يصح هذا الاستدلال للشافعي ، وإنما يصلح لمالك فقط، لأنه يحتج بشرع من قبلنا كما علم ، وعذر ابن رشد في الاحتجاج بها لمذهب الشافعي أنه يراهم يستأنسون بمثل هذا النوع من الدليل كما قررنا ذلك فيما سبق [١].

واستدلوا كذلك بالسنة : وهو ما روى عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار ، وأن ما أفسدت المواشي ضامن على أهلها) [٢].

ووجه الدلالة : أن هذا الحديث أفاد أن العادة من أصحاب المواشي إرسالها في النهار للرعي ، وحفظها ليلاً ، وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فإذا ذهبت ليلاً ، كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ وإن اتلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع ، فكان عليهم ، وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ، وأن على كل إنسان الحفظ في وقت عادته [٣]

---

(١) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ص ٥٤٦ ٠

(٢) رواه الإمام مالك وأبو داود (ينظر : الموطأ ج٢ / ص ٧٤٧ ، وسنن أبي داود ج٣ / ص ٢٩٨ ، وسبل السلام ج٣ / ص ٢٦٤) ٠

(٣) ينظر :مغني المحتاج ج٤ / ص ٢٠٦ ، والمغني لابن قدامة ج٩ / ص ١٨٨

واستدل أصحاب المذهب الثالث على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

حيث قال الليث ومن تبعه ، إن الأصل هو أن الضمان واجب على المتعدى وإرسالها وعدم الاهتمام بقيدها تعد من المرسل ، فيكون ضامناً أعمالاً للأصل [١].

الرأي الراجح :

بعد بيان مذاهب العلماء وأدلتهم نرى رجحان المذهب القائل بالضمان ليلاً ، وذلك لقوة أدلته وضعف أدلة الخصوم.

الفرع الثالث

قتل الذكر بالأنثى

اختلف الفقهاء في جريان القصاص بين الرجل والمرأة وذلك على مذاهب :

المذهب الأول : وهو لجمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنفية وأحمد في الصحيح عنه وهؤلاء يرون أنه إذا قتل الرجل المرأة عمداً قتل بها ولا شيء لأوليائه [٢].

المذهب الثاني : وهو لعثمان البستي وعطاء حيث قالا: إذا قتل الرجل المرأة كان لأولياء المرأة نصف الدية ، وروى مثل هذا

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٣١٨ .

(٢) ينظر : الموطأ ج٢ / ص ٨٧٣ ، والأم ج٦ / ص ١٨ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٤٠ وبدائع الصنائع ج١٠ / ص ٤٦٢٧ ، والمجموع شرح المهذب ج١٨ / ص ٣٥٤ ، وروضة الناظر ص ٨٢ .

عن أحمد وحكى مثله عن الحسن [١].

المذهب الثالث : وهو ما حكى عن الحسن البصري حيث يرى أنه لا يقتل الذكر بالأنثى ، وهو أيضاً مروى عن ابن عباس وجماعة ، وحكاه عنهم القاضي أبو الوليد في المنتقى والخطاب في معالم السنن وضعفه [٢].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بالأخذ بشرع من قبلنا .

وبيانه : في قوله تعالى " وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص " [٣] .

وجه الدلالة : أن هذا النص وارد في غير شريعتنا ، لأن الضمير في قوله تعالى فيها – أي في التوراة – وقد بين المولى عز وجل بأن النفس تقتل بالنفس ، لا فرق بين ذكر وأنثى لعموم الآية ، وقيل : إن هذه الآية نزلت في بني إسرائيل .

كذلك فأن التكافؤ موجود ، وهو التكافؤ في الحرية والدين الذي يقتضي أيضاً بحسب العقل جريان القصاص بين الرجل

---

[١]، [٢] ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٣٩٢ ، والمغني ج٨ / ص ٢٩٦ ، وأثر الأدلة المختلف فيها ص ٥٤٤ .

[٣] سورة المائدة آية ٤٥ .

والمرأة [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

بالأثر : وهو ما ورد عن على رضي الله تعالى عنه من أنه عمل بلك ، وهو جعل لأولياء المرأة نفس الدية إذا قتلها الرجل، ولما كان كذلك عقلها نصف عقله فإذا قتل بها بقى له بقية فاستوفيت ممن قتله .

واستدل أصحاب المذهب الثالث : على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

قوله تعالى " والأنثى بالأنثى "

وجه الدلالة من هذه الآية : هو أن الله جعل القصاص بين المرأتين إذا قتلت أحدهما الأخرى ، فإذا قتل الرجل المرأة فلا قصاص بينهما بل تجب عليه الدية لمفهوم الآية الكريمة [٢].

الرأي الراجح : بعد بيان أدلة المذاهب يتبين لنا رجحان المذهب القائل بأنه يقتل الرجل بالمرأة لقوة أدلتهم ، ودفعا للجريمة وتحقيق للمصلحة وحتى لا يتذرع بعدم القتل بها إلى ارتكاب الجرائم .

---

(١) ينظر : الهداية وشروحها ج٨ / ص ٢٥٨ ، ومغني المحتاج ج٤ / ص ١٦ ، والأم ج٦ / ص ١٨ .

(٢) ينظر : ما سبق من مراجع .

الفرع الرابع

في حكم الختان

الختان : لغة : موضع الختن من الذكر والأنثى ، والختن القطع ، كما يطلق على الجلدة التي تقطع في الختان عذرة بضم العين [١].

وفي الشرع : هو قطع جميع الجلدة التي تغطى حشفة ذكر الرجل حتى تنكشف جميع الحشفة ، وفي المرأة قطع أدنى جزء من الجلدة التي في أعلى الفرج ، ويسمى ختان الرجل إعذاراً ، وختان الأنثى خفضاً [٢].

هذا وبعد بيان حقيقة الختان في اللغة والشرع نقول :

اختلف الفقهاء في الختان على مذهبين :

المذهب الأول : وهو للحنفية والمالكية وقول عند الشافعي ومن تبعهم وهؤلاء يرون أن الختان غير واجب ، وإنما هو سنة بالنسبة للذكور ، وفي ختان الإناث في رواية عن الحنفية والمالكية هو سنة في الإناث مثل الذكور وفي رواية عنهم وعن الإمام أحمد وابن حزم وغيرهم ، وهم يرون أن ختان الأنثى مكرمة على معنى دون السنة فهو مستحب أو مندوب إليه [٣].

---

(١) ينظر : مختار الصحاح ص ١٦٩ ، ولسان العرب ج٢ / ص ١٥٠ .

(٢) ينظر : الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبه الزحيلي ج١ / ص ٣٠٦ .

(٣) ينظر : المرجع السابق ، والمبسوط ج١٠/ ص ١٥٦ ، والفتاوى الهندية ج٥ / ص ٣٥٧ ، ومواهب الجليل ج٣ / ص ٢٥٨ ، وشرح الزرقاني على مختصر خليل ج٣ / ص ٤٧ والقوانين الفقهية ص ١٧٩ .

المذهب الثاني : وعليه الشافعية على الصحيح من مذهبهم، والحنابلة والإمامية والإباضية وبعض المالكية وغيرهم [١]، وهؤلاء يرون أن الختان واجب للذكر والأنثى .

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بأدلة منها :

١ ــ قوله صلى الله عليه وسلم (الفطرة خمس ، الختان، والاستحداد وقص الشارب وتقليم الأظافر ونتف الإباط) [٢].

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن الحديث نص في المدعى ، لأنه ذكر ضمن خصال الفطرة ، والفطرة معناها السنة القديمة ، وهي الأمور المسنونة ، فيكون الختان مسنوناً أي غير واجب .

اعتراض وجوابه :

اعترض على هذا الدليل بأن الفطرة كما يقصد بها السنة القديمة يقصد بها الدين والشريعة ، فلا ينهض الدليل على غير

---

(١) ينظر : المغني لابن قدامه ج١ / ص ٦٤ ، والمهذب في المجموع ج١ / ص ٢٩٧ ، وكشاف القناع ج١ / ص ٨ ، وفتح الرحمن بأحكام الختان للدكتور / عبد الحسيب عبد السلام مجلة كلية أصول الدين بطنطا ج٢ / ص ١٠٦٠ ، وبحث في شرع من قبلنا للدكتور / صلاح عبد الرحيم ص ٢٠٤ .

(٢) رواه أبو داود والبيهقي (ينظر : سنن أبي داود ج١ / ص ١٤ ، والسنن الكبرى للبيهقي ج١ / ١٤٩) .

الوجوب .

وأجيب عن هذا : بأن الحديث لا يدل على قدم هذه الخصال، ولا يعني أن كلها مسنونة ، لأن الدليل قد قام على وجوب الختان ، وهو ما سوف نذكره في أدلة المذهب الثاني .

٢ ــ بالمعقول :

وهو أن الختان من شعائر الإسلام التي يفرق بها بين المسلم وغيره كالتلبية وسوق الهدي وغيرهما ، وهذه الأمور مسنونة فكان الختان سنة . واعترض على هذا الدليل بما يأتي :

بأن الختان من شعائر الإسلام ، فوجوبه من وجوب الوتر وزكاة الخيل ووجوب الوضوء من قهقهة في صلاته ، وهذه الأمور واجبة ، ووجوب الختان أقوى [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

١ ــ بشرع من قبلنا :

وبيانه : ختان سيدنا إبراهيم ــ عليه السلام ــ فقد روى أنه اختتن بالقدوم وهو ابن ثمانين سنة ، وقيل : وهو ابن مائة وعشرين سنة ، ونحن مأمورون باتباع ملة إبراهيم ــ عليه السلام ــ في قوله تعالى " ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم

---

(١) ينظر : في تقرير أدلة أصحاب هذا المذهب : المبسوط ج١٠ / ص ١٥٦ ، وشرح الزرقاني على المختصر ج٣ / ص ٤٧ ، والمغني لابن قدامه ج١ / ص ٦٤ .

حنيفا " [١] وعلى هذا يكون الختان واجب للذكر والأنثى عملاً بشرع من قبلنا ٠

٢ ـ بالسنة : وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لرجل أسلم (ألق عنك شعر الكفر واختتن) [٢] وفي رواية من اسلم فليختتن ٠

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن النبي عليه السلام أمر الرجل الذي اسلم بالختان ـ فلو لم يكن الختان واجباً لما أمر الرجل الذي أسلم به ، لكنه أمر به فيكون واجباً ، ومعلوم أن الرجل الذي أسلم كان كبيراً والختان يشق عليه ، ولكن بالرغم من هذا أوجبه عليه النبي صلى الله عليه وسلم ٠

واعترض على هذا الدليل : بأن اقتران الختان بإزالة شعر الكفر عن الذي اسلم ليس بواجب ، فيكون الختان غير واجب[٣]٠

٣ ـ بالأثر : وهو ما روى عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أنه قال (من ترك الاختتان لم تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته [٤] .

وروى عن الإمام مالك ـ رضي الله عنه ـ أنه قال : من

---

(١) سورة النحل آية ١٢٣ ٠
(٢) رواه الإمام أحمد (ينظر : مسند الإمام أحمد ج٣ / ص ٤١٥) ٠
(٣) ينظر: الإحكام للآمدي ج٤ / ص ١٩٨ ، والمستصفي ج٢ / ص ٢٥٦ ٠
(٤) ينظر : السنن الكبرى للبيهقي ج٨ / ص ٣٢٥ ٠

ترك الاختتان من غير عذر لم تجز إمامته ولا شهادته [١].

وجه الدلالة من هذا الأثر :

أن من ترك الاختتان يكون تاركا للواجب ، بدليل عدم صحة صلاته ولا إمامته ولا شهادته ، فيكون الاختتان واجباً .

الرأي الراجح : بعد بيان مذاهب العلماء وأدلتهم ومناقشة ما استندوا إليه نرى رجحان الرأي القائل بوجوب الختان للذكر والأنثى لقوة أدلتهم ، هذا بالإضافة إلى أن الختان يتفق مع شعائر الإسلام .

وفي هذا المعنى يقول ابن القيم : إن الختان من شعائر الإسلام ، وهو علم الحنفية ورأس الفطرة وعنوان الملة ، وهو من عمل الحنفاء من لدن إبراهيم – عليه السلام – إلى سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ، وقد بادر إبراهيم – عليه السلام – به عندما أمره ربه وتوارثه الأنبياء من بعده ، مما يدل على أنه من شعائر الإسلام الواجبة [٢].

---

(١) ينظر : المنتقى شرح الموطأ ج٧ / ص ٤٣٢ .

(٢) ينظر : المغني لابن قدامه ج١ / ص ٦٤ .

الفرع الخامس

جعل المنفعة مهراً

اختلف العلماء في جعل المنفعة مهراً (وذلك بأن تنكح المرأة نفسها للرجل على يعمل لها عمل كبناء منزل أو يخدمها سنة أو يدير لها مشروعاً معين ، وغير ذلك) .

وقد انحصر هذا الخلاف في ثلاثة مذاهب بيانها فيما يأتي:

المذهب الأول : وهو للإمام الشافعي وأحمد وبعض المالكية والحنفية وغيرهم ، وهؤلاء يرون جواز جعل المنفعة مهراً مطلقا إذا كانت تجوز عليها الإجارة ويجوز العوض عنها [(١)].

المذهب الثاني : وهو ما عليه جمهور الحنفية ، وهؤلاء يرون جواز أن تكون المنفعة مهراً إذا لم تكن هذه المنفعة خدمة الحر لزوجته ، أو مما يستحق عليه الأجر كتعليم القرآن ، فلو تزوجها على شيء من ذلك وجب لها مهر المثل [(٢)].

المذهب الثالث : وهو للإمام مالك ــ رضي الله عنه ــ وأبو بكر الرازي وغيرهما ، وهؤلاء يرون عدم جواز جعل المنفعة مهراً ــ أي صداقا ــ مطلقاً [(٣)].

---

(١) ينظر : الأم ج٥ / ص ١٤٤ ، والمغني لابن قدامة ج٧ / ص ٢١٢ ، والأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد إسماعيل ص ٣٤١ .

(٢) ينظر : بدائع الصنائع ج٣ / ص ١٠٢ ، وحاشية ابن عابدين ج٣ / ص ١٠٦ ، والهداية وشروحها ج٢ / ص ٤٥٠ .

(٣) ينظر : حاشية الدسوقي ج٣ / ص ٣٠٩ .

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بأدلة منها:

١ ــ شرع من قبلنا :

وبيانه : ما ورد في قوله تعالى على لسان شعيب لموسي عليه السلام " قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك وما أريد أن اشق عليك ستجدني إن شاء الله من الصالحين " [١].

وجه الدلالة من هذه الآية : هو أن شعيباً عليه السلام جعل مهر المنكوحة من بناته قيام موسى عليه السلام بالعمل عند شعيب ثمانية أعوام ، وحينئذ فإنه يجوز أن تكون المنفعة مهراً ، ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الإجارة فجازت صداقاً كمنفعة العبد ولما كان شرع من قبلنا شرع لنا جاز أن تكون المنفعة صداقاً في شريعتنا كذلك [٢].

٢ ــ من السنة : بقوله صلى الله عليه وسلم (انكحوا الأيامى وأدوا العلائق ، قيل : ما العلائق يا رسول الله ؟ قال : ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيباً من اراك) [٣].

---

(١) سورة القصص الآية ٢٧ .

(٢) ينظر : المغني ج٧ / ص ٢١٢ .

(٣) رواه الدار قطني من طريق ابن عباس - رضي الله عنهما - ورواه أبو داود في المراسيل (ينظر : سنن الدار قطني مع التعليق المغني ج٣ / ص ٢٤٤)

وجه الدلالة من هذا الحديث :

أن الحديث أفاد جواز أن تكون المنافع صداقاً إذا تراضى عليها الأهلون .

٣ ــ من المعقول :

وهو قياس المنفعة في جعلها مهراً ، على الإجارة ، فكما تجوز الإجارة على المنفعة فكذا تجوز أن تكون المنفعة صداقاً ، لأن لها مقابل .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بأدلة منها :

أ ــ أدلتهم على الجواز في حالة إذا لم تكن المنفعة خدمة الحر لزوجته و مما يستحق عليه الأجر بما استدل به أصحاب المذهب الأول .

ب ــ ودليلهم على عدم الجواز في حالة خدمة الحر لزوجته أن تكون مهراً وذلك لأن فيه قلب للحقائق إذ أن عقد النكاح يقتضي أن تكون الزوجة خادمة والزوج مخدوماً ، وفي حالة جعل خدمة الزوج مهراً لها يكون الرجل خادماً والمرأة مخدومه ، فإذا تزوجها وقد سمى ما لا يصلح أن يكون مهراً ، صح العقد ووجب مهر المثل .

وأما دليلهم في حالة ما لو كانت المنفعة تعليم القرآن ، فإنه لا يجوز ، لأن المسمى ليس بمال ، والمشروع في حق النكاح هو الابتغاء بالمال لقوله تعالى " أن تبتغوا بأموالكم

محصنين غير مسافحين " [١] وتعليم القرآن وغيره من القربات ليس بمال لأن هذه الأشياء لا يجوز أخذ الأجرة عليها ، وعلى هذا فإنه يجب لمن سمي لها مثل هذه الأشياء مهراً مهر المثل ٠

واستدل أصحاب المذهب الثالث على ما ذهبوا إليه :

بالمعقول : وهو أن المنفعة فيها غرر لعدم ضبط الحركات والأفعال ولعدم تقديرها بقدر محدود ، فلا تجوز أن تجعل المنفعة مهراً لذلك [٢].

الرأي الراجح : بعد بيان مذاهب العلماء وأدلتهم يترجح لنا المذهب القائل بجواز جعل المنفعة مهراً لقوة أدلته ٠

هذه هي بعض الفروع الفقهية التي تترتب على خلاف الفقهاء في جواز الاحتجاج بشرع من قبلنا ، وقد أوردناها على سبيل المثال لا الحصر اقتضاءاً لموضوع بحثنا ٠

والله أعلم

---

(١) سورة النساء الآية ٢٤ ٠

(٢) ينظر : الأدلة المختلف فيها للدكتور / عبد الحميد إسماعيل ص ٣٤٣ ، والأم ج٥ / ص ١٦١ وتفسير القرطبي ج١٣ / ص ٢٧٣ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٢٠ ٠

الفصل الثامن

في عمل أهل المدينة

وقد اشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف أهل المدينة ٠

المبحث الثاني : في آراء العلماء في الاحتجاج بعمل أهل المدينة ٠

المبحث الثالث : في أثر الاختلاف في جواز الأخذ بعمل أهل المدينة ٠

المبحث الأول

في تعريف أهل المدينة

تمهيد :

يقصد بأهل المدينة ، أي ما عملوا به أهل المدينة واتفقوا عليه ، فهل إجماع أهل المدينة حجة شرعية ، وأصل من الأصول التي تبنى عليها الأحكام وقبل الخوض في هذا لابد من إظهار بعض الأمور الهامة والتي منها :

أ ــ تعريف إجماع أهل المدينة :

عرف العلماء إجماع أهل المدينة : بأنه اتفاق مجتهدي المدينة في عصر من العصور على أمر من الأمور ، أو هو اتفاق كل مجتهدي أهل المدينة الموجودين فيها على حكم شرعي في عصر الصحابة أو التابعين ٠

ب ــ المراد بإجماع أهل المدينة لدى الأصوليين عند بحثهم في هذا الأمر ؟

المراد بالبحث في إجماع أهل المدينة عند الأصوليين ، إنما هو إجماع من كان فيها من المجتهدين في القرون الثلاثة التي جاءت الآثار بالثناء عليهم [(١)] وهم الصحابة والتابعون وتابعوا

---

(١) ينظر : هذه الآثار في صحيح البخاري ج٥ / ص ٢ ، وسنن أبي داود ج٢ / ص ٥١٨ وغيرهما من كتب السنن ، ومجموع فتاوى ابن تيمية ج٢/ ص ٣٩٣ ٠

التابعين ٠

ولهذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية ، والكلام إنما هو في إجماعهم في تلك الأعصار المفضلة ، وأما بعد ذلك فقد اتفق الناس على أن إجماع أهلها ليس بحجة إذ كان حينئذ في غيرها من العلماء ما لم يكن فيها [١].

ج ــ فضل المدينة على بقية الأقطار والأمصار :

لقد شهدت المدينة المنورة فضلاً لم تشهده مدينة أخرى ، فقد حباها الله تعالى بفضله حيث هاجر إليها الرسول صلى الله عليه وسلم ، وأقام في ربوعها ، ولقد أحب المسلمون المدينة حباً جما لأن فيها أقيمت دعائم التشريع الإسلامي بعد أن صدق الناس وأمنوا بما أنزل على محمد ، وعلموا أنه الحق من ربهم ، كما كان لها الفضل العظيم في تخريج جهابذة الاجتهاد والمجتهدين الذين قادوا الناس إلى الحق ، وأضاءوا لهم الطريق ، وبينوا لهم سبل الرشاد [٢] ٠

إذا تمهد هذا نقول : إن إجماع أهل المدينة لدى العلماء على قسمين :

القسم الأول : كل ما كان طريقه النقل والحكاية عن النبي صلى الله عليه وسلم سواء أكان نقلا لقوله أو لفعله أو لإقراره

---

(١) ينظر : صحة أصول مذهب أهل المدينة ص ٢٠ ، والآيات البينات ج٢ / ص ٢٩٢ وأثر الأدلة المختلف فيها ص ٤٣٧ ٠

(٢) ينظر : تهذيب التهذيب ج٣ / ص ٤٢٧ ٠

عليه الصلاة والسلام لما شاهده منهم ، ولم ينقل عنه إنكاره ، أم نقلا لتركه أموراً شاهدها منهم وإحكاما لم يلزمهم إياها مع شهرتها لديهم وظهورها فيهم ٠

فهذا النوع من إجماعهم في هذه الوجوه اتفقت أكثر النقول أو جميعها على أنه حجة يلزم المصير إليه٠٠ ولا يجوز لمنصف أن يترك حجية هذا النوع ، وإن وجد خلاف في فرع فقهي من هذا النوع فليس لعدم اعتباره حجيته بل لدليل آخر لدى المخالف [١].

القسم الثاني : وهو ما كان طريقه الاستدلال والاجتهاد والاستنباط [٢]، وهذا النوع هو محل الخلاف والنزاع بين العلماء، فإذا أجمع أهل المدينة على أمر ، فهل هو حجة ملزمة يجب المصير إليه ، ولا يجوز لأحد أن يقول بخلافه ، أم أنه ليس بحجة ؟

وقبل بيان مذاهب العلماء ، فإنه مما تجدر الإشارة إليها هنا :

أنه قد اختلف النقل عن القائلين بحجية إجماع أهل المدينة، هل المراد عندهم ما يشمل النوعين معاً ، أو أن المراد النوع الأول ؟ والصحيح أن المراد عندهم ما يشمل النوعين معاً ٠

كذلك هل المراد من حجية النوع الثاني أن إجماعهم أولى

---

(١) ينظر : تهذيب التهذيب ج٣ / ص ٤٢٧ ٠

(٢) ينظر : إعلام الموقعين ج٢ / ص ٣٧٢ ٠

ولا تمتنع مخالفته ، بل يرجح به اجتهادهم على اجتهاد غيرهم ، والصحيح أنه يترجح به اجتهادهم على اجتهاد غيرهم ، وفي هذا يقول الغزالي : في معرض حديثه لما يترجح به الأخبار أن يكون أحدهما ــ أي الخبرين المتعارضين ــ على وفق عمل أهل المدينة فهو أقوى ، لأن ما رآه مالك ــ رحمه الله ــ حجة وإجماعاً ، وإن لم يصلح حجة ، فيصلح للترجيح ، لأن المدينة دار الهجرة ومهبط الوحي ، فيبعد أن ينطوي عليهم الناسخ [١].

---

[١] ينظر : المستصفى ج٢ / ص ٣٣٦ ، والإحكام للآمدي ج٤ / ص ٢٦٤ ، وأحكام الفصول ص ٧٤٢ .

المبحث الثاني

في أراء العلماء في حجية إجماع أهل المدينة

تحرير محل النزاع :

سبق أن ذكرنا بأن عمل أهل المدينة الذي يكون طريقه الاجتهاد والاستدلال هو محل الخلاف وعمل أهل المدينة الاستدلالي إما أن يؤيده خبر ويعارضه آخر ، أو يكون عملهم لا مستند له من رواية عنهم ولا عن غيرهم ، وليس له معارض من أخبارهم أو أخبار غيرهم .

أما إذا كان عملهم لم يؤيد برواية لهم أو لغيرهم ، ولكن عارضه رواية لهم أو لغيرهم فهو خارج عن محل النزاع ، ولا يصح نسبته إلى المالكية ، نظراً لأنهم أنفسهم مختلفون فيه بل أنكر الأبهري وغيره : أن يكون مذهب الإمام مالك ، الاحتجاج بالعمل دون الخبر إذا تحرر هذا فلنرجع إلى بيان مذاهب العلماء فنقول :

عمل أهل المدينة الاستدلالي : إذا كان له راوية توافقه ورواية أخرى تعارضه ، فهل يرجح بالرواية التي توافقه أم لا ؟

أو عمل أهل المدينة إذا تجرد عما يعارضه أو يؤيده فهل يكون ارجح من اجتهاد غيرهم ؟ اختلف العلماء في ذلك على مذهبين :

المذهب الأول : وهو للإمام مالك حيث رأى اعتبار عمل أهل المدينة أرجح من اجتهاد غيرهم .

المذهب الثاني : وهو لجمهور العلماء حيث ذهبوا إلى عدم اعتبار عمل أهل المدينة أرجح من اجتهاد غيرهم ، بل أهل المدينة كغيرهم ، وعملهم على انفرادهم ليس بحجة [١].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول – وهو الإمام مالك ومن تبعه – على ما ذهبوا إليه بأدلة منها :

١ – ما جاء في رسالة الإمام مالك إلى الليث بن سعد رحمه الله تعالى :

إليها (أي المدينة) كانت الهجرة ، وبها تنزل القرآن ، وأحل الحلال وحرم الحرام إذ رسول الله بين اظهرهم ، يحضرون الوحى والتنزيل ، ويأمرهم فيطيعونه ، ويسن لهم فيتبعونه ، حتى توفاه الله واختار له ما عنده .. ثم قام من بعده الناس من أمته، ممن ولى الأمر من بعده ، بما نزل بهم ، فما عملوا أنفذوه ، وما لم يكن عندهم به علم سألوا عنه ، ثم أخذوا بأقوى ما وجدوا ذلك في اجتهادهم وحداثة عهدهم ، وإن خالفهم مخالف أو قال أمرؤ

---

(١) ينظر : شرح الكوكب المنير ج٣ / ص ٢٣٧ ، وإعلام الموقعين ج٢ / ص ٣٧٣ ، ونفائس الأصول ج٣ / ١٢١ والأحكام للآمدي ج١ / ص ٣٤٥ ، والتقرير والتحبير ج٣ / ص ١٠٠ ، وأصول السرخسي ج١ / ٣١٤ وشرح تنقيح الفصول ص ١٤٥ ، والمستصفي ج١ / ص ١١٨ ، وشرح العضد على مختصر المنتهى ج٢ / ص ٣٥ .

غيره أقوى منه وأولى ترك قوله وعمل بغيره ، ثم كان التابعون من بعدهم يسلكون تلك السبيل ، ويتبعون تلك السنن أهـ [١].

وتتلخص حجة الإمام مالك رحمه الله في أمرين نص عليهما الآمدي في الأحكام وهما :

الأمر الأول :

أن المدينة هي دار الهجرة الرسول صلى الله عليه وسلم ، ومهبط الوحي ، ومستقر الإسلام ومجمع الصحابة ، فلا يجوز أن يخرج الحق عن قول أهلها [٢].

اعتراض وجوابه :

اعترض على هذا بأن ما ذكرتموه دال ولاشك على تفضيل المدينة، لكنه لا يدل على نفي الفضيلة عن غيرها ، ولا على الاحتجاج بإجماع أهلها ٠

وأجيب عن هذا : بأن تخصيص المدينة بالذكر يفيد إظهار شرفها ، فلزم منه أن أخبار أهلها وأعمالهم أولى بالقبول من أعمال غيرهم ، وأخبارهم والمدعي ارجحيته فقط ٠

الأمر الثاني :

أن أهل المدينة شاهدوا التنزيل ، وسمعوا التأويل ، وكانوا اعرف بأحوال الرسول صلى الله عليه وسلم من غيرهم ، فوجب

---

(١) ينظر : ترتيب المدارك ج١ / ص ٣٦ ، ٣٧ ٠

(٢) ينظر : الإحكام للآمدي ج١ / ص ٣٥٠ ٠

أن لا يخرج الحق عنهم .

اعتراض وجوابه :

قالوا إن هذا لا يدل على انحصار العلم فيها ، والمعتبرين من أهل الحل والعقد ، ومن تقوم الحجة بقولهم ، فإنهم كانوا منتشرين في البلاد متفرقين في الأمصار ، وكلهم فيما يرجع إلى النظر والاعتبار سواء ، ولم يخصص ذلك بموضع دون موضع لعدم تأثير المواضع في ذلك .

وأجيب عن هذا :

بأن أهل المدينة مجتمعون يتشاورون ويتناظرون ، فيبعد أن لا يطلع أحد منهم على دليل المخالف مع رجحانه ، ولا يشك أحد في أن أهل المدينة كانوا أعرف بأسباب النزول وظلوا على مشاهدة لأعماله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وأقواله إلى آخر لحظة في حياته الشريفة [١].

وأدلة الإمام مالك أيضاً :

ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (إنما المدينة كالكير تنفي خبثها ، وينصع طيبها) [٢] .

وقوله عليه السلام (إن الإيمان ليأرز إلى المدينة كما تأرز

---

(١) ينظر : الإحكام للآمدي ج١ / ص ٣٥٠ ، وإعلام الموقعين ج٢ / ص ٣٦١ ، وشرح البدخشي ج٢ / ص ٢٨٨ والتقرير والتحبير ج١ / ص ١٠١ .

(٢) ينظر : فتح الباري شرح صحيح البخاري ج١٣ / ص ٣٠٣ .

الحية إلى حجرها) [١].

وقوله أيضاً (لا يكيد أهل المدينة أحد إلا إنماع كما ينماع الملح في الماء) [٢].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث :

أن هذه الأحاديث تفيد أن أهل المدينة هي الخلاصة ، وهم أفاضل الناس وأعقلهم ومن كان هذا شأنه في الدين والعقل ، كان أبعد عن الخطأ في النقل والعمل ، ومن كان أبعد عن الخطأ ، كان قوله وفعله أقرب إلى القبول من غيره [٣].

واستدل أصحاب المذهب الثاني ـ وهم الجمهور ـ على ما ذهبوا إليه بأدلة منها :

١ ـ قالوا إن إجماع أهل المدينة ليس إجماعاً بالمعني الذي سبق تعريفه به ، لأنهم بعض المجتهدين والإجماع كما هو واضح اتفاق كل المجتهدين الموجودين بالمدينة وغيرها في عصر واحد على حكم مسألة من المسائل والأدلة إنما أثبتت عصمة الكل عن الخطأ ولم تثبت عصمة البعض فكان قول الكل هو الحجة ولا حجة في قول البعض [٤].

٢ ـ قالوا إن الذي دل على كون الإجماع حجة وارد بلفظين :

---

(١) ينظر : المرجع السابق ج٤ / ص ٩٤ .

(٢) ينظر : المرجع السابق ج٤ / ص ٩٤ .

(٣) ينظر : الإجماع للأستاذ الدكتور / محمد محمود فرغلي ص ٤٣٧ .

(٤) ينظر : الإحكام للآمدي ج١ / ص ٣٤٥ ، وأصول الفقه للشيخ زهير ج٣ / ص ١٩٢ .

لفظ المؤمنين في قوله تعالى " كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله " [١].

ولفظ الأمة : في قوله تعالى " وكذلك جعلناكم أمة وسطا" [٢]

وهاتان اللفظتان غير مخصوصتين ببلدة دون بلدة ، فوجب اعتبار الكل ، وذلك لأن الأماكن لا تؤثر في كون الأقوال حجة ، بمعنى: أن أدلة الإجماع لا تتناول أهل المدينة وحدهم ، لأن اسم المؤمنين واسم الأمة لا يقع عليهم بانفرادهم [٣].

ولأن القول به يؤدي إلى المحال ، لأن من كان ساكن المدينة كان قوله حجة ، فإذا خرج منها لا يكون قوله حجة ، ومن كان قوله حجة في مكان ، كان قوله حجة في كل مكان كالرسول [٤].

الرأي الراجح : بعد بيان مذاهب العلماء وأدلتهم ومناقشة هذه الأدلة يتضح لنا أن رأي الجمهور هو الأرجح لقوة أدلتهم ، ولأن أهل المدينة ليسوا هم كل المسلمين في بقاع الأرض وإن كان لهم رفعة قدر بمصاحبة رسول الله عليه السلام ، إلا أن هذا لا يجعل أعمالهم حجة علي بقية المسلمين في بقاع الأرض والله أعلم .

---

(١) سورة آل عمران آية ١١٠ .

(٢) سورة البقرة الآية ١٤٣ .

(٣) ينظر : المستصفي ج١ / ص ٣٨٧ ، ونفائس الأصول ج٣ / ص ١٢٢ .

(٤) ينظر : المحصول ج٢ / ص ١٦٤ ، وبذل النظر ص ٥٤٦ ، والمعتمد ج٢ / ص ٣٤ .

المبحث الثالث

في أثر الاختلاف في جواز الأخذ بعمل أهل المدينة

لقد كان لاختلاف العلماء في حجية عمل أهل المدينة أثر ظهر في بعض فروع الفقه الإسلامي ، حيث إننا نجد بأن الإمام مالك ـ رحمه الله ـ قدم إجماع أهل المدينة عملهم على القياس بل وعلى خبر الواحد ، وقدمه على قول الصحابي ـ من باب أولى ـ بينما لم يسلك غيره من الأئمة هذا المسلك ، بل إنه لم يسلم بوجود هذا النوع من الإجماع فضلاً عن اعتباره حجة ... الأمر التي ترتب عليه اختلاف في كثير من الفروع الفقهية التي بني الحكم فيها على اعتبار عمل أهل المدينة وهذه الفروع هي :

الفرع الأول

الزكاة في الفواكه والخضراوات

اختلف الفقهاء فيما تجب الزكاة فيه من الفواكه والخضراوات وذلك على مذاهب :

المذهب الأول :

اختيار الإمام أبو حنيفة ـ رحمه الله ـ حيث يرى وجوب الزكاة في كل ما أنبتته الأرض إلا الحطب والقصب والحشيش، وخالفه في ذلك الصاحبان حيث قالا : لا زكاة إلا فيما له ثمرة

باقية من الزورع والثمار [١].

المذهب الثاني :

وهو للإمام الشافعي حيث يرى بأنه لا زكاة في زرع أو تمر إلا أن يكون من زرع الآدميين ، وكان مما يدخر ويقتات به لا ما كان أدماً أو فاكهه أو دواء [٢].

المذهب الثالث :

وهو للإمام مالك حيث يرى أنه لا زكاة في شيء من الفواكه والبقول ، أي ما يعتبر فاكهه أو من الخضراوات [٣].

المذهب الرابع :

وهو ما ثبت عن الإمام أحمد من وجود روايتين : إحداهما: إن الزكاة لا تجب إلا في الحنطة والشعير من الزروع ، والتمر والزبيب من الثمار ، والثانية : أن الزكاة تجب في كل ما يكال مما يبس ويبقى من الزروع والثمار [٤] .

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

---

(١) ينظر : الاختيار لتعليل المختار ج١ / ص ١٤٨ ، وفتح القدير ج٢ / ص ٢٤٣ وبداية المبتدي ج٢ / ص ٣ .

(٢) ينظر : الأم ج٢ / ص ٢٩ ، ٣٠ .

(٣) ينظر : الموطأ ج١ / ص ٢٧٦ .

(٤) ينظر : المغني ج٣ / ص ٤٢٣ .

قوله تعالى (وهو الذي أنشأ جنات معروشات وغير معروشات والنخيل والزرع مختلفاً أكله والزيتون والرمان متشابهاً وغير متشابه كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده)[١] ٠

ووجه الدلالة من هذه الآية واضحة ، لأن المراد من قوله وآتوا حقه : أي الزكاة وهو أمر والأمر للوجوب ، وعليه تكون الزكاة في الفواكه والخضراوات واجبة وهو المطلوب والمدعى[٢]

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بأدلة منها:

١ ــ ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الزكاة من النخل والعنب ، وما روى عنه أيضاً أنه صلى الله عليه وسلم أخذ الصدقة من الحنطة والشعير والذرة ٠

٢ ــ بالقياس : فهو أن هذه الأشياء التي ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ منها الصدقة قد جمعت أوصافاً أربعة وهي : أنها من زرع وغرس الناس ، ومما ييبس ويدخر ويقتات ٠٠٠ فقاس رحمه الله ــ ما لم ينص عليه من الزروع والثمار على ما نص عليه ٠

فما جمع هذه الأوصاف أوجب فيه الزكاة ، وما لم يجمع هذه الأوصاف لم يوجبها فيه [٣] ٠

---

(١) سورة الأنعام آية ١٤١ ٠

(٢) ينظر : فتح القدير ج٢ / ص ٢٤٣ ، وحاشية عميرة ج٢ / ص ١٦ ، ومختصر الطحاوي ص ٤٦ ، ٤٧ ٠

(٣) ينظر : الأم ج٢ / ص ٢٩ ٠

واستدل أصحاب المذهب الثالث على ما ذهبوا إليه بأدلة منها :

ما كان عليه أهل المدينة :

وهو ما جاء في الموطأ حيث قال الإمام مالك : والسنه التي لا اختلاف فيها عندنا ، والذي سمعت من أهل العلم : أنه ليس في شيء من الفواكه كلها صدقة : الرمان ، والفرسك والتين وما أشبه ذلك وما لم يشبه إذا كان من الفواكه ، قال : ولا في القصب ولا في البقول كلها صدقة ، ولا في أثمانها إذا بيعت صدقة ، حتى يحول على أثمانها الحول من يوم بيعها ، ويقبض صاحبها ثمنها أهـ [١].

قال الباجي : في استدلاله على أنه لا زكاة في الخضروات: إن الخضروات كانت بالمدينة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بحيث لا يخفي ذلك عليه ، ولم ينقل إلينا أنه أمر بإخراج شيء منها ، ولا أن أحداً أخذ منها زكاة ، ولو كان ذلك لنقل كما نقل زكاة سائر ما أمر به النبي صلى الله عليه وسلم ، فثبت أنه لا زكاة فيها [٢] .

واستدل الإمام أحمد على الرواية الأولى : بما روى عن موسى بن طلحة عن عمر رضي الله عنه أنه قال : إنما سن رسول الله صلى الله عليه وسلم الزكاة في الأربعة : الحنطة

---

(١) ينظر : الموطأ ج١ / ص ٢٧٦ ، والمدونة ج١ / ص ٢٥٣ ، والاستذكار ج٩ / ص ٢٧٠ .

(٢) ينظر : المنتقى ج٢ / ص ١٧١ .

والشعير والتمر والزبيب ، وغير هذه الأربعة لا نص فيها ولا إجماع [١].

واستدل على الرواية الثانية : بعموم قوله صلى الله عليه وسلم (خذ الحب من الحب) [٢] فإنه يقتضي وجوب الزكاة في جميع ما تناوله اللفظ مما يخرج من الأرض من حب وغيره ٠

الفرع الثاني

حكم وطء المستحاضة

اتفق الفقهاء على عدم جواز وطء الحائض ، وذلك للأدلة الدالة على وجوب اعتزال النساء في المحيض ٠

أما المستحاضة فقد اختلف العلماء في جواز وطئها لزوجها على مذاهب :

المذهب الأول : حيث ذهب أبو حنيفة ومالك والشافعي وغيرهم إلى جواز وطئها لزوجها مطلقا من غير شرط [٣].

المذهب الثاني : وهو للإمام أحمد حيث ورد عنه روايتان:

أ ــ إباحة وطئها مطلقا من غير شرط ٠

ب ــ ليس له وطؤها إلا أن يخاف على نفسه الوقوع في

---

(١) ينظر : الدار قطني ج٢ / ص ٩٦ ٠

(٢) رواه أبو داود (ينظر : سنن أبي داود ج١ / ص ٣٧٠) ٠

(٣) ينظر : بداية المبتدي ج١ / ص ١٢٢ ، والموطأ ج١ / ص ٦٣ ، ومغني المحتاج ج١ / ص ١١٢ ٠

المحظور [١].

الأدلة :

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه : بعمل أهل المدينة:

وهو ما جاء عن الإمام مالك في الموطأ أنه قال : الأمر عندنا أن المستحاضة إذا حلت أن لزوجها أن يصيبها ، وكذلك النفساء إذا بلغت أقصى ما يمسك النساء الدم ، فإن رأت الدم بعد ذلك ، فإنه يصيبها زوجها ، وإنما هي بمنزلة المستحاضة [٢].

قال الزرقاني :وقد علم إجماع أهل المدينة على أصابتها [٣].

واستدل الإمام أحمد على الرواية الأولى عنه وهو القول بإباحة وطء المستحاضة بالسنة :

وهو ما روى عن عكرمة عن حمنه بنت جحش : أنها كانت مستحاضة وكان زوجها يجامعها ، وكذلك عن أم حبيبة أنها كانت تستحاض وكان زوجها يغشاها أي يجامعها ٠٠٠٠ وقد سألتا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أحكام المستحاضة فلو كان الوطء حرام لبينه لهما [٤].

واستدل على الرواية الثانية أ ـ بما روى عن عائشة رضي الله عنهما قالت : المستحاضة لا يغشاها زوجها ، وقول

---

(١) ينظر : المغني ج١ / ص ٢٤٦ ٠
(٢) ينظر : الموطأ ج١ / ص ٦٣ ٠
(٣) ينظر : شرح الزرقاني على الموطأ ج١ / ص ١٨٥ ٠
(٤) رواه أبو داود (ينظر : سنن أبي داود ج١ / ص ٧٤ ، ٧٦) ٠

الصحابي حجة عن أحمد ــ رحمه الله تعالى [١].

ب ــ وبالقياس حيث قاس منع وطء المستحاضة على منع وطء الحائض لوجود الأذى في كلا [٢].

والرأي الراجح : هو القول بجواز وطء المستحاضة لمن يخشى على نفسه من الوقوع في المحرم ٠

الفرع الثالث

الآذان والإقامة

اختلف العلماء في عدد ألفاظ الآذان ، وما يكرر منها وكذلك الإقامة على مذهبين : ــ

المذهب الأول : وهو للإمام مالك والشافعي وأحمد ومن تبعهم حيث يرون أن الآذان سبع عشرة كلمة والإقامة عشر كلمات [٣].

المذهب الثاني : وهو اختيار أبو حنيفة ومن تبعه حيث يرون أن الإقامة تثنى كالأذان إلا أنه يزيد فيها بد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين أي أن الآذان خمسة عشرة كلمة ، والإقامة سبع عشرة كلمة [٤].

---

(١) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ص ٤٤٧ ٠

(٢) ينظر : المغني ج١ / ص ٢٤٦ ، والأم ج١ / ص ٧٣ ٠

(٣) ينظر : الموطأ ج١ / ص ٧١ ، والاستذكار ج٤ / ص ٥٦ ٠

(٤) ينظر : بداية المبتدي ج١ / ص ١٦٩ ٠

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه : بعمل أهل المدينة

حيث جاء في الموطأ : وسئل مالك عن تثنية الآذان والإقامة ، ومتى يجب القيام على الناس حين تقام الصلاة ، فقال : لم يبلغن في النداء والإقامة إلا ما أدركت الناس عليه ، فإما الإقامة فإنها لا تثنى ، وذلك الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا ، وأما قيام الناس حين تقام الصلاة فإنني لم أسمع في ذلك بحد يقام له إلا إني أرى ذلك على قدر طاقة الناس ، فإن منه الثقيل والخفيف ولا يستطيعون أن يكونوا كرجل واحد .

قال ابن عبد البر : قوله هذا تصريح بأنه لم يبلغه فيه أي الآذان حديث من أخبار الآحاد ، وأن الآذان والإقامة عنده مأخوذان من العمل بإجماع أهل المدينة بالمدينة وهو أمر يصح فيه الاحتجاج بالعمل [1] .

وقد روى أنا أبا يوسف قال لمالك : تؤذنون بالترجيع وليس عندكم عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها حديث فالتفت إليه مالك : وقال : يا سبحان الله ؟ ما رأيت أمراً أعجب من هذا ينادي على رؤوس الإشهاد في كل يوم خمس مرات ، يتوارثه الأبناء عن الأباء من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى

---

(١) ينظر : الاستذكار ج٤ / ص ٥٦ .

زماننا هذا يحتاج فيه إلى فلان عن فلان ، هذا أصح عندنا من الحديث [١].

واستدل أبو حنيفة ومن تبعه بما يأتي :

بالسنة : وهو حديث أبي محذورة ــ رضي الله عنه ــ قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم علمه الآذان خمس عشرة كلمة ، والإقامة سبع عشرة كلمة [٢].

ووجه الدلالة من هذا الحديث واضحة حيث إنه نص في المدعى وهو المطلوب ٠

والله أعلم

هذه هي بعض الفروع الفقهية التي ظهر فيها أثر الاختلاف بين الفقهاء في عمل أهل المدينة وما أوردناه على سبيل المثال لا الحصر ، حتى تكتمل الفائدة لكل من أراد الوقوف على معرفة هذا المصدر من بين مصادر التشريع الإسلامي ، ومن أراد معرفة المزيد من بعض القضايا التي بني الحكم فيها على عمل أهل المدينة فليراجع كتب الفقه الإسلامي ٠

---

(١) ينظر : عمل أهل المدينة للدكتور عطية محمد سالم ص ٥٨ ٠

(٢) ينظر : سنن أبي داود ج١ / ص ١٣٧ ، وشرح الموطأ للزرقاني ج١ / ص ٣٧١ ، وبدائع الصنائع للكاساني ج١ / ص ١٤٧ ، ١٤٨ ، ومختصر الطحاوي ص ٢٤ ، ٢٥ ٠

الفصل التاسع

في الأخذ بأقل ما قيل

وقد اشتمل عل ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في تعريفه ٠

المبحث الثاني : في آراء العلماء في الاحتجاج به ٠

المبحث الثالث : فيَ بيان أثر اختلاف العلماء في جواز الأخد بأقل ما قيل ٠

المبحث الأول

في تعريف الأخذ بأقل ما قيل

معنى الأخذ بالأقل :

الأخذ بالأقل معناه : أن يوجد أقوال في مسألة ، وليس هناك دليل يرجح أحدها ، وتكون هذه الأقوال ضمنا متفقة على قسط معين فيما بينها وهو الأقل ومختلفة فيما زاد عنه ، فيتمسك بهذا القسط الذي هو أقل الأقوال ويكون عبارة عن حصيلة الاعتماد على دليلين وهما :

الأول : الإجماع في الأقل ، لأن كل واحد من الأقوال القائلة بما زاد عن الأقل قائلة به ، إذ الأكثر يستلزم الأقل ، فيكون في حكم المجمع عليه ٠

والثاني : استصحاب البراءة الأصلية ، فإنها تقتضى عدم وجوب الزيادة ، إذ الأصل عدم الوجوب مطلقا ، لكن ترك العمل به في الأقل للإجماع ، فبقى ما عداه على الأصل [١].

---

(١) ينظر : نهاية السول ج٣ / ص ١٣٤ ، والمحصول ج٢ / ص ٨١٣ ، وشرح المحلي على جمع الجوامع مع حاشية العطار ج٢ / ص ٢٠٢ ، وأثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي للدكتور / مصطفى ديب البغا ص ٦٣٤ ، وشرح العضد على مختصر المنتهى ج٢ / ص ٣١٦ والبحر المحيط ج٦ / ص ٣١ ، وتقريب الوصول ص ١٤٦ ، والمستصفى ج٢ / ص ٤٠٦ ٠

المبحث الثاني

في بيان آراء العلماء في الاحتجاج بالأخذ بأقل ما قيل

الأخذ بأقل ما قيل: هو من الأصول التي اعتمدها الإمام الشافعي ــ رحمه الله ، والذي يدل على هذا ، أن الذي تذكره كتب الأصول التي بحثت هذا الدليل ، إنما هي كتب أصول الشافعية غالبا [١] أما غير الشافعية فنجدهم يذكرون هذا الأصل على سبيل الاستئناس به أو لترجيح رأي على آخر ، لأن هذا الرأي هو الأقل أو الأخف ٠

ومثاله : دية الذمي : فقد اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال ، فقيل : إنها ثلث دية المسلم ، وقيل : إنها نصف دية المسلم ، وقيل : إنها كدية المسلم ، فأخذ الشافعي بالثلث وهو أقل ما قيل في المسألة بناء على أن الثلث مجمع عليه ، لأنه مندرج ضمن من أوجب النصف أو الكل ، والأصل براءة الذمة بالنسبة لمن سيدفع الدية ، فلا يجب عليه شيء إلا بدليل ولا دليل يوجب الزيادة على الثلث ، وإنما أوجب عليه الثلث للإجماع فالشافعي أخذ بأقل ما قيل بناء على هاتين القاعدتين الإجماع على الأقل ، وبراءة الذمة ٠

وبناء على ذلك فلو وجد قول رابع يقول بأنه لا يجب عليه

---

(١) ينظر : نهاية السول ج٣ / ص ١٣٤ ، وإرشاد الفحول ص ٢٤٤ ، والإبهاج شرح المنهاج ج٣ / ص ١٨٧ والمحصول ج٢ / ص ٨١٣ ٠

شيء لما جاز الأخذ بالثلث لأنه حينئذ مجمع عليه ، كما أنه لو وجد دليل يدل على الأكثر لما جاز القول بالأقل ولذلك لم يأخذ الشافعي بأقل ما قيل في الغسل من ولوغ الكلب إذا قيل : يغسل ثلاثاً ، وقيل : يغسل سبعاً ، وإنما أوجب غسله سبعاً لوجود الدليل الدال على وجوبها كما ثبت في الصحيحين [١]٠

حجية القول به :

من خلال ما بيناه في المثال السابق في دية الذمي يتبين لنا: أن عمدة التمسك به قائمة على أساس التمسك بالإجماع والاستصحاب للبراءة الأصلية ، وكلاهما دليل معتمد ومقبول في إثبات الأحكام الشرعية ٠

شروط العمل به :

يشترط للأخذ بأقل ما قيل ما يأتي :

١ ــ أن تنحصر الأقوال ، بحيث يكون الأقل جزءاً من الأكثر، ومجمعاً عليه ضمن هذه الأقوال وإلا فلا يعتبر حجة، لأنه يصبح قول أحد المجتهدين ، وهو ليس بحجة ٠

٢ ــ أن لا يوجد دليل غيره يدل على اعتبار الأقل أو الأكثر، فإن وجد دليل على الأكثر عمل به ، ولهذا لم يأخذ الشافعي رحمه الله تعالى بالأقل في انعقاد الجمعة، وفي الغسل من ولوغ الكلب ، كما بينا ذلك سابقاً ــ وذلك لقيام الدليل عنده على

---

(١) ينظر : الإحكام لابن حزم ج٥ /ص ٦٣٠ ، وإرشاد الفحول ص ٢٤٤ ، وجمع الجوامع بشرح الجلال ج٢ /ص ٣٥٢ ٠

الأكثر ، وإن دل دليل على الأقل كان الحكم ثابتاً به لا بالأخذ بالأقل [١] .

---

(١) ينظر : نهاية السول ج٣ /ص ١٣٤ ، ١٣٥ ، والمحصول ج٢ /ص ٨١٤ ، وتشنيف المسامع ج٣ /ص ٤٣١ ، وأثر الأدلة المختلف فيها للدكتور / مصطفى البغا ص ٦٣٦ .

المبحث الثالث

في بيان أثر اختلاف العلماء في الأخذ بأقل ما قيل

لقد ترتب على اعتبار الأخذ بأقل ما قيل عند بعض الفقهاء كالشافعي ، وعدم التمسك به في بناء الأحكام عليه عند البعض الآخر خلاف في بعض فروع الفقه الإسلامي هاك بيانها :

الفرع الأول

في أسنان الإبل في دية الخطأ

اتفق الأئمة الأربعة على أن دية الخطأ أخماس ، وإن اختلفوا في بعض الأسنان مكان بعض ٠

فقال الإمام الشافعي ومالك أخماس : عشرون ابنة مخاض، وعشرون ابنة لبون ، وعشرون ابن لبون ذكر ،وعشرون حقة ، وعشرون جذعة [١] ٠

وذهب إسحاق وعمر بن عبد العزيز إلى أنها أرباع ، خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقه ، وخمس وعشرون جذعة ٠

وذهب طاووس إلى أنها : ثلاثون حقه ، وثلاثون بنت

---

(١) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٤٠٢ ، وشرح الزرقاني على الموطأ ج٥ / ص ١٤٠ ، والهداية ج٨ / ٣٠٣ ٠

لبون ، وثلاثون بنت مخاض وعشرة بنت لبون [١].

الأدلة :

استدل الإمام الشافعي ومالك ومن تبعهما بالأخذ بأقل ما قيل .

وبيانه : ما جاء في الأم عنه حيث قال ؟ وقد اختلف الناس فيها، فألزم القاتل عدد مائة من الإبل بالسنة ، ثم ما لم يختلفوا فيه ، ولا ألزمه من أسنان الإبل إلا أقل ما قالوا يلزمه ، لأن اسم الإبل يلزم الصغار والكبار [٢].

واستدل من قال بأنها أرباع : بالسنة : وهو ما روى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب في دية الخطأ أرباعاً : خمسا وعشرين بنت مخاض ، وخمسا وعشرين بنت لبون ، وخمساً وعشرين حقه وخمسا وعشرين جذعة [٣]، وكذلك من أدلة الأخذ بأقل ما قيل كما ذكره صاحب الهداية [٤] .

واستدل طاووس ومن تبعه : بالسنة أيضاً : وهو ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل ثلاثون بنت مخاض، وثلاثون بنت لبون ، وثلاثون حقه ، وعشرة بن لبون ذكور)[٥].

---

(١) ينظر : المغني ج٨ / ص ٣٧٧ .
(٢) ينظر : الأم ج٦ / ص ٩٩ .
(٣) رواه أبو داود (ينظر : سنن أبي داود ج٢ / ص ٤٩١) .
(٤) ينظر : الهداية ج٨ / ص ٣٠٧ .
(٥) رواه أبو داود (ينظر : سنن أبي داود ج٢ / ص ٤٩٣) .

الفرع الثاني

دية الذمي

اتفق الأئمة على أن المسلم لا يقاد بالذمي لعدم المساواة في الدم ، ولكن تجب عليه الدية واختلف الفقهاء فيما إذا قتل مسلم ذمي ووجب عليه الدية وذلك على مذاهب :

المذهب الأول : وهو اختيار أبو حنيفة وأصحابه وهؤلاء يرون أنها مثل دية المسلم [١] .

المذهب الثاني : وهو للإمام مالك وأحمد في ظاهر المذهب، ومن تبعهم وهؤلاء يرون أنها على نصف دية المسلم [٢]

المذهب الثالث : وهو للإمام الشافعي حيث ذهب إلى أنها ثلث دية المسلم [٣] .

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

١ ـ بالسنة وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار) [٤] وهذه هي دية المسلم .

---

(١) ينظر : الهداية ج٨ / ص ٣٠٧ .
(٢) ينظر : بداية المجتهد ج٢ / ص ٤٠٦ ، والشرح ج٤ / ٢٦٧ .
(٣) ينظر : الأم ج٦ / ص ٩٢ .
(٤) ينظر : نصب الراية ج٤ / ص ٣٦٦ .

٢ ــ وبعمل الصحابة حيث إن هذا قضي به أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

بالسنة : ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : دية المعاهد نصف دية المسلم ، وفي لفظ (دية المعاهد نصف دية الحر) [٢].

قال الخطابي : ليس في دية أهل الكتاب شيء أثبت من هذا ولا بأس بإسناده وقد قال به أحمد ، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ٠

واستدل أصحاب المذهب الثالث على ما ذهبوا إليه : بالأخذ بأقل ما قيل وبيانه : ما جاء في الأم :

وأمر الله تعالى في المعاهد يقتل خطأ بدية مسلمة إلى أهله، ودلت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن لا يقتل مؤمن بكافر ، مع ما فرق الله عز وجل بين المؤمنين والكافرين ، فلم يجز أن يحكم على قاتل الكفار إلا بدية ، ولا أن ينتقص منها إلا بخبر لازم ، فقضي عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله عنهما في دية اليهودي والنصراني بثلث دية المسلم ، ثم قال: ولم نعلم أحداً قال في دياتهم أقل من هذا ، وقد قيل : إن دياتهم

(١) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها ص ٦٤١ ٠

(٢) رواه أبو داود (ينظر : سنن أبي داود ج٢ / ص ٥٠ ، والفتح الرباني ج١٦ / ص ٥٥ ٠

أكثر من هذا ، فألزمنا قاتل كل واحد من هؤلاء الأقل مما اجتمع عليه [١].

هذا وما ورد من أمثلة لبيان أثر خلاف الفقهاء في اعتبار أصل الأخذ بأقل ما قيل كان على سبيل التمثيل والتوضيح لا على سبيل الحصر .

والله أعلم

---

(١) ينظر : الأم ج٦ / ص ٩٢ .

الفصل العاشر

في الاستقراء

وقد اشتمل على ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : في تعريف الاستقراء وبيان أنواعه ٠

المبحث الثاني : في بيان آراء العلماء في حجية العمل بالاستقراء٠

المبحث الثالث : في أثر الاختلاف في الأخذ بالاستقراء ٠

المبحث الأول

في تعريف الاستقراء وبيان أنواعه

الاستقراء له تعريف في اللغة وآخر في الاصطلاح :

أولاً : تعريف الاستقراء في اللغة :

فهو مأخوذ من قولهم قرأت الشيء قرأناً أي جمعته وضممت بعضه إلى بعض حكاه الجوهري والسين فيه للطلب . فلما كان المجتهد طالبا للأفراد وجامعاً لها لينظر هل هي متوافقة أم لا ؟ عبر عن ذلك بالاستقراء .

قال في المصباح المنير : واستقرأت الأشياء تتبعت أفرادها لمعرفة أحوالها وخواصها [١].

ثانياً : تعريفه في الشرع :

الاستقراء شرعاً : هو عبارة عن تتبع أمور جزئية ليحكم بحكمها على أمر يشمل تلك الجزئيات [٢] .

أقسامه :

ينقسم الاستقراء إلى قسمين :

---

(١) ينظر : المصباح المنير ج٢ / ص ٥٠٢ .

(٢) ينظر : البحر المحيط ج٦ / ص ١٠ ، وشرح تنقيح الفصول ص ٤٤٨ ، ومنهاج العقول ج٣ / ١٣٢ وحاشية البناني على جمع الجوامع ج٢ / ص ٣٤٦ ، والغيث الهامع ج٢ / ص ٢٦٠ ، وغاية الوصول ص ١٣٨ ، وتشنيف المسامع ج٣ / ص ٤١٦ .

أ ــ استقراء تام : وهو إثبات حكم كلي في ماهية لثبوته في جميع جزئياتها بأن تتبعها جميعاً فوجدوها بنفس الحكم [١].

ب ــ استقراء ناقص : وهو إثبات حكم كلي في ماهية لثبوتها في أكثر جزئياتها وهو المسمى عند الفقهاء بإلحاق الفرع بالأعم الأغلب [٢].

وهذا التقسيم عند المناطقة ، والمراد بالبحث عند الأصوليين هو النوع الثاني ، لأن المراد عندهم الاستدلال به لثبوت حكم في جزئي من جزئيات الكلي .

تعريف الاستقراء عند الأصوليين :

عرف الأصوليون الاستقراء بأنه : الاستدلال بإثبات الحكم للجزئيات الحاصل بتتبع حالها ــ ما عدا صورة النزاع ، على ثبوت الحكم لكلى تلك الجزئيات ، وبواسطة ثبوته يثبت للصورة المخصوصة المتنازع فيها .

أو هو بتعبير آخر : هو أن يستدل بإثبات الحكم للجزئيات بتتبع حالها على ثبوت الحكم الكلي لتلك الجزئيات ، وبواسطة ثبوته للكل يثبت الصورة المتنازع فيها .

---

(١) ينظر : المحصول ج٢ /ص ٥٧٧ ، والبحر المحيط ج٦ /ص ١٠ ، ونشر البنود ج٢ /ص ٢٥١ وشرح الكوكب ج٤ /ص ٤١٩ .

(٢) ينظر : منهاج العقول ج٣ /ص ١٣٢ ، وأصول زهير ج٤ /ص ١٨٢ ، والإبهاج ج٣ /ص ١٨٦ .

المبحث الثاني

في بيان آراء العلماء في الاحتجاج بالاستقراء

الاستقراء حجة شرعية ودليل يبني عليه الكثير من الفروع الفقهية ، وهذا عند الفقهاء غاية ما في الأمر أنهم اختلفوا في مدى الاعتماد عليه بين مفرط ومقتصد وإذا أردنا أن نوضح ذلك نقول :

الاستقراء نوعان ـ عند الأصوليين وذلك بحسب المعنى الذي أشرنا إليه سابقاً .

النوع الأول : تام : وهو ما كان ثبوت الحكم في كليه بواسطة إثباته بالتتبع لجميع الجزئيات ما عدا صورة النزاع ، وهذا النوع يفيد القطع في إثبات الحكم في صورة النزاع عند الأكثر من العلماء .

النوع الثاني : ناقص : وهو ما كان ثبوت الحكم لكليه ناشئاً عن تتبع أكثر الجزئيات ما عدا صورة النزاع . وهذا النوع يفيد الظن في إثبات الحكم في صورة النزاع .

قال الإمام الشاطبي في الموافقات بعد ذكره معنى الاستقراء وإفادته الحكم : وهو أمر مسلم به عند أهل العلوم العقلية والنقلية[١] .

---

(١) ينظر : الموافقات ج٣ / ص ٢٩٨ .

وقال القرافي بعد تعريفه والتمثيل له : وهذا الظن حجة عندنا وعند الفقهاء هذا وسوف نوضح فيما يأتي موقف أهل المذاهب من الاستقراء .

الشافعية والاستقراء:

لقد كان الإمام الشافعي هو أكثر من اعتبر الاستقراء وبنى عليه الأحكام والذي يؤيد هذا أن كتب أصول الشافعية ، هي التي تكلمت عن هذا الأصل ، ومثلت له وفرعت عليه الفروع ، كما اعتبره الإمام الإسنوي في شرحه على المنهاج : أنه من الأدلة المقبولة عند الشافعي رحمه الله [١].

المالكية والاستقراء:

الاستقراء حجة عند الإمام مالك أيضاً ، والذي يؤيد هذا أن الشاطبي يكثر في موافقاته من الاستدلال بالاستقراء في مواطن مختلفة : فهو يقرر أن الاستقراء له حكم الصفة في إثبات العموم حيث يقول في ذلك :

العموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط بع له طريقان :

إحداهما : الصيغ إذا وردت وهو المشهور في كلام أهل الأصول .

---

(١) ينظر : نهاية السول ج١ / ص ١٥٠ ، والمستصفي ج١ / ص ١٣٣ ، والمحصول ج٢ / ص ٨١٩ .

والثاني : استقراء مواقع المعنى ، حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام ، فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ[١] .

الحنفية والاستقراء:

أخذ الحنفية بالاستقراء في معرض الاستدلال للأحكام الشرعية .

ومن ذلك ما ذكروه في سجدات التلاوة ، نافين وجود سجدة ثانية في سورة الحج ، وأن الأمر بها في الآية (يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم وافعلوا الخير لعلكم تفلحون[٢]) إنما هو للصلاة ، والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا، لأنها مقرونة بالأمر بالركوع ، والمعهود في مثله من القرآن كونه من أوامر ما هو ركن الصلاة بالاستقراء نحو " اسجدي واركعي مع الراكعين [٣]" .

الحنابلة والاستقراء:

فنجدهم يستدلون لأقل الحيض وأكثره بسرد حوادث عن نساء هكذا كان حيضهن وكذلك يقولون في أكثر الحمل ، ولنا أن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود ، وقد وجد الحمل لأربع سنين ، ثم يذكرون أمثلة عن النساء ، وفي أقل النفاس وأكثره

---

(١) ينظر : تنقيح الفصول ص ٢٠٠ .
(٢) سورة الحج الآية ٧٧ .
(٣) سورة مريم الآية : ٤٣ .

يقولون مثل هذا ، والمراد عندهم بالوجود هو ما ذكرناه من معني الاستقراء[١] .

ومن الأدلة الدالة على حجية الاستقراء ووجوب العمل به :

ما ذكره الشاطبي والتي منها : أ ــ أننا أمرنا أن نعمل بالظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم " نحن نحكم بالظاهر" [٢] والاستقراء يفيد الحكم ظاهراً ، فيجب الحكم به عملا بمنطوق الحديث فهذا دليل على وجوب العمل بالاستقراء .

واستدل على ثبوت العموم بطريق الاستقراء بما يأتي :

قال أن الاستقراء هكذا شأنه ، فإنه تصفح جزئيات ذلك المعنى ليثبت من جهتها حكم العام إما قطعي وإما ظني ، وهو أمر مسلم عند أهل العلوم العقلية والنقلية فإذا تم الاستقراء حكم به مطلقاً في كل فرد يقدر ، وهو معني العموم المراد في هذا الموضع [٣].

---

(١) ينظر : المغني ج١ / ص ٢٢٤ ، وأثر الأدلة المختلف فيها للدكتور البغا ص ٦٥١ .

(٢) ينظر : المحصول ج٣ / ص ٨١٩ ، ونهاية السول ج٣ / ص ١٣٣ .

(٣) ينظر : المرجع السابق .

المبحث الثالث

في بيان أثر اختلاف العلماء في العمل بالاستقراء

ترتب على اعتماد هذا الأصل والتوسع في الأخذ عند بعض الفقهاء ، وعدم التوسع في اعتباره عند البعض الآخر خلاف في بعض مسائل وفروع الفقه الإسلامى والتي منها :

الفرع الأول

أكثر مدة الحمل

اتفق الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، واختلفوا في أكثر مدته على مذهبين :

المذهب الأول : وهو اختيار أبو حنيفة وأصحابه ، وهؤلاء يرون أن أكثر مدة الحمل سنتان [1] .

المذهب الثاني : وهو للإمام الشافعي ومالك – في المشهور عنه ، وأحمد في ظاهر المذهب وهؤلاء يرون أن أكثر مدة الحمل أربع سنوات [2].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

---

(١) ينظر : الهداية ج٣ / ص ٣١٠ .

(٢) ينظر : الأم ج٥ / ص ١٩٤ ، وبداية المجتهد ج٢ / ص ٩٢ ، وحاشية الدسوقي ج٢ / ص ٤١٩ .

قول عائشة رضي الله عنها : الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل وفي رواية : ولو فلكه مغزل .

قالوا : وهذا مما لا يدرك بالرأي لأنه من المقادير ، والعقل لا يهتدي إلى معرفة المقادير ، فالظاهر أن عائشة رضي الله عنها قالته سماعاً ، وقول الصحابي إذا كان مما يدرك بالرأي – فهو حجة عند الحنفية باتفاق [١].

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي :

بالاستقراء ، وبيانه : أنهم قالوا أن ما لا نص فيه يرجع فيه إلى الوجود وقد وجد الحمل لأربع سنوات ، ومنه ما جاء في المغني لابن قدامه : روي الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس حديث جميلة بنت سعد عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل؟ قال : مالك : سبحان الله ، من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد .

وقال أيضاً : إن عمر رضي الله عنه ضرب لأمرأه المفقود أربع سنين، وروى ذلك عن عثمان وعلي – رضي الله عنهما – وغيرهما [٢] .

---

(١) ينظر : أثر الأدلة المختلف فيها للدكتور / البغا ص ٦٦٢ ، ٦٦٣ .
(٢) ينظر :المغني ج٨ / ص ١٢١ ، ومغني المحتاج ج٣ / ص ٣٩٠ .

الفرع الثاني

أقل الحيض وأكثره

اختلف العلماء في أقل الحيض وأكثره على ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول : أن اقله ثلاثة أيام ، ولياليها ، وما نقص عن ذلك فهو استحاضة وأما أكثره فعشرة أيام ولياليها وما زاد فهو استحاضة ، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحباه [١] [٢].

المذهب الثاني : أنه ليس لأقله حد ، بل قد تكون الدفعة الواحدة حيضاً إلا أنه لا يعتد بها في اقراء الطلاق ، وأما أكثره فخمسة عشر يوماً ، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك [٣].

المذهب الثالث : أن أقل مدة الحيض يوم وليلة ، وغالبه ست أو سبع ، وأكثره خمسة عشر يوماً ، وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعي في النقل الصحيح عنه [٤].

الأدلة :

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي :

بالسنة : وهو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال

---

(١) ينظر : الهداية ج١ /ص ٣٢ ، وشرح فتح القدير ج١ /ص ١٤٢ ، والبناية ج١ /ص ٦١ .

(٢) ينظر : شرح العناية للبابرتي ج١ /ص ١٤٣ ، والبناية ج١ /ص ٦١ .

(٣) ينظر : بداية المجتهد ج١ /ص ١٠٤ ، والزخيرة للقرافي ج١ /ص ٣٧٣ .

(٤) ينظر : نهاية المحتاج ج١ /ص ٣٤١ ، ومغني المحتاج ج١ /ص ١٧١ ، والمجموع للنووي ج٢ /ص ٤٠٤ .

(أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة ، وأكثر ما يكون عشرة أيام) [١].

وجه الدلالة : إن هذا الحديث نص في المدعي

وبالأثر : وهو ما روى عن أنس بن مالك — رضي الله عنه — أنه قال (قرء الحيض ثلاث وأربع ، وخمس ، وست ، وسبع ، وثمان ، وتسع ، وعشر ، فإذا جاوزت العشرة فهي استحاضة) [٢] .

واستدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه بما يأتي :

بالكتاب : وهو قوله تعالى " ويسألونك عن المحيض قل هو أذى " [٣].

وجه الدلالة : سمى الله — سبحانه وتعالى — الحيض أذى، يسيره وكثيره في ذلك سواء فوجب أن يسمي يسيره حيضاً كما يسمى كثيره كذلك [٤] ، وهذا دليل على أقل مدة الحيض واستدلوا على أكثره بما استدل به أصحاب المذهب الأول ، كما استدلوا على اقله وأكثره أيضاً بالعرف والعادة حيث إن لفظ الحيض لا حد له في اللغة أو الشرع ، فيجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة .

---

(١) رواه الدار قطني والطبراني (ينظر : سنن الدار قطني ج١ /ص ٢٠٩ ، والمعجم الكبير للطبراني ج٨ /ص ١٢٩ ، والكامل لابن عدي ج٣ / ص ٢٥٥ ، ونصب الراية ج١ /ص ١٩١ .

(٢) ينظر : السنن الكبرى للبيهقي ج١ / ص ٣٢٢ ، والكامل لابن عدي ج٣ / ص ١٢٧ .

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٢٢ .

(٤) ينظر : بداية المجتهد ج١ / ص ١٠٤ .

واستدل أصحاب المذهب الثالث على ما ذهبوا إليه بما يأتي : ــ

بالاستقراء ، وبيانه : ما قاله النووي : من أن ذلك موجود ومشاهد ومن اظرفه ما نقله القاضي أبو الطيب في تعليقه قال : أخبرتني امرأة عن أختها أنها تحيض في كل سنة يوماً وليلة ، وهي صحيحة تحبل وتلد ، ونفاسها أربعون يوماً [(١)]٠

والرأي الراجح : بالنسبة للقول في اقل مدة الحيض وأكثره ما كان الحكم فيه هو العرف والعادة بالنسبة لحالة النساء من صحة ومرض ومناخ وغير ذلك ٠

هذه أمثلة من واقع الفقه الإسلامي تبين فيها أثر الخلاف في اعتبار الاستقراء وأنه حجة شرعية ، وما أوردناه كان على سبيل المثال لا الحصر ٠

والله أعلى وأعلم

---

(١) ينظر : مغني المحتاج ج١ / ص ١٠٩ ، والمجموع ج٢ / ص ٣٩٣ ٠

الخاتمة

بعد حمد الله الذي وفقني إلى إتمام هذا البحث الذي بذلت فيه قصارى جهدي قد استبان لي ما يأتي :

١ ـ أن الشريعة الإسلامية خاتمة الشرائع ، وأن ما تضمنته من أحكام إنما هو لصلاح أمور العباد في معاشهم ومعادهم ، وهذا هو الغرض الأول من تشريع الأحكام ٠

٢ ـ ولأجل تحقيق هذا الغرض ، اقتضت حكمة الله تعالى أن تكون هذه الشريعة صالحة لكل زمان ومكان ، تكفل للناس حياتهم المثلى ، فترعى مصالحهم في كل حين وآن بما يجلب لهم النفع ، ويدفع عنهم الضرر والفساد ٠

٣ ـ وهذا من شأنه أن تكون هذه الشريعة بأحكامها وتشريعاتها ، وقواعدها وتقنياتها وأصولها وفروعها مرنة مرونة الحياة ، ومتسعة اتساع الكون ليتمكن الناس من العمل بها والسير على هديها والالتزام بحكمها ٠

٤ ـ قد تكفل المولى عز وجَل لهذه الشريعة وحباها بما يجعلها تحقق للعباد ذلك فجاءت مصادرها متعددة ، ومداركها متنوعة لاستنباط ما يصلح حياة الناس من الأحكام التي تحقق مقاصد الشريعة في الخلق كما أراها الخالق ومن هنا كانت الملائمة لكل زمان ومكان ٠

٥ ـ قد وجدت مرونة الشريعة في كل مصادرها المتفق

عليها ــ وهي الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والقياس ــ والمختلف فيها ــ وهي موضوع بحثنا ــ وقد وضحنا ذلك عن طريق ما اهتدت إليه الأئمة المجتهدون من أحكام تم تفريعها على المصادر التبعية تبعاً لمدرك كل إمام فيها ٠

٦ ــ أنه كلما كثرت مصادر التشريع وتعددت وتنوعت كلما كانت أكثر مرونة واتساعاً وبالتالي أكثر صلاحية للأجيال وبقاءاً ، لا سيما أن هذا التعدد والتنوع ، إنما كان حفاظاً على المقاصد الأساسية التي بني التشريع أحكامه على صيانها ٠

فمثلاً القول بالاستصحاب قد أغنى الفقه الإسلامي بكثير من الأحكام الشرعية لعديد من الوقائع والقول بالاستحسان فهو خروج عن أصل أمد الفقه بجملة أحكام ربما كان الوقوف مع الأصل فيها يوقع المكلفين في الحرج والمشقة ، وإذا كان النص القانوني يقول بأنه ما من قاعدة إلا ولها استثناء ، فنحن في الشريعة نقول قبلهم ما من قياس إلا وله استحسان ٠

والقول بسد الذرائع : يحفظ للشريعة كيانها ويقطع أيدي المتلاعبين على أحكامها باتخاذ ما هو حلال من حيث الظاهر والأصل وسيلة إلى ما هو ممنوع ومحرم ٠

والقول بمذهب الصحابي أيضاً فيه أثر في مرونة الشرعية،وذلك لما ترتب عليه من أحكام قضى بها الصحابي في فتواه لما حدث من وقائع لم يكن فيها نص -من كتاب أو سنة ، خصوصاً وأنهم فتحوا بلدان وأقطار قد وجدت فيها حوادث ، فلما

وجدت حادثة إلا ولأحدهم فيها اجتهاد أو في مثلها .

والقول بالمصلحة المرسلة اغنى الفقه الإسلامي بكثير من الأحكام الشرعية لعديد من الحوادث التي فيها جلب منفعة أو دفع مفسدة .

والقول بالعرف والعادة ، يكسب التشريع تلاؤماً مع كل بيئة وزمن ، وكذا القول بشرع من قبلنا ، حيث إن الأصل عند الناس براءة الذمم ما دام لم يقم دليل ، فإذا قام الدليل كانت السعة فيما قام عليه دليل الشرع ، وهذا يكسب الشريعة المرونة والاتساع .

٨ ــ وهكذا نستطيع أن يحكم بمثل هذا أو قريباً منه في كل دليل من بقية الأدلة التي فصلناها في هذا البحث (من عمل أهل المدينة ، والأخذ بأقل ما قيل والاستقراء) حيث إن المجتهد الفقيه، يسعه فيما إذا وقعت حادثة أو عرضت عليه قضية أن يستنبط الحكم لها بناءاً على هذا الدليل أو ذاك طالما أنه دليل معتبر لدى إمام من الأئمة له حجته واستدلاله ــ على اعتباره ــ بغض النظر عن مخالفة غيره له أو موافقته فيه ، نظراً منه إلى ما يتلاءم مع ظروف الأمة وحاجات الزمن، وما يتطلبه جلب النفع للناس أو دفع المفسدة عنهم رعاية لمصالحهم وتحقيقاً لمقاصد الشارع فيه .

هذه هي أهم نتائج البحث والله اسأل أن يجزني عنه يوم الدين ، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ٠

مؤلف

د / محمد عبد السميع فرج الله

أستاذ مساعد بقسم أصول الفقهبكلية الشريعة والقانون بأسيوط

جامعة الأزهر

الفهرس العام للبحث ويشتمل على :

أولاً : فهرس الآيات القرآنية الكريمة

م	الآية	رقمها	رقم الصحيفة
	الشورى		
١	شرع لكم من الدين ما وحي به نوحاً	١٣	١٨٤/١٨٠
	الذاريات		
١	وما خلقت الجن والأنس إلا ليعبدون	٥٦	٩
	المدثر		
١	وما جعلنا أصحاب النار إلا ملائكة	٣١	١١٢
	القيامة		
١	ايحسب الإنسان أن يترك سدى	٣٦	٦١

ثانياً : فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

ثالثاً : فهرس المراجع

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : كتب التفسير وعلومه

١ ـ الجامع لأحكام القرآن الكريم : للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر فرج الأنصارى القرطبي المتوفى سنة ٦٧١هـ ط دار إحياء التراث العربي ٠

ثالثاً : كتب الأحاديث وعلومه :

٢ ـ الجامع الصغير للسيوطي : عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد ط دار الفكر ٠

٣ ـ الجامع الكبير للسيوطي : ط مجمع البحوث الإسلامية الطبعة الأولى ٠

٤ ـ سبل السلام شرح بلوغ المرام : للإمام محمد بن إسماعيل الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢هـ تحقيق عصام الصبابطي ط دار الحديث ٠

٥ـ سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث السجستاني المتوفى سنة ٢٧٥هـ تحقيق محمد محيي الدين ط دار إحياء السنة النبوية ٠

٦ـ سنن الدارمي : للإمام أبي محمد بن عبد الله الدارمي ط دار الفكر بيروت لبنان ٠

٧ـ سنن ابن ماجه : للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني المتوفي سنة ٢٧٥هـ تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي ط / عيسي الحلبي ـ القاهرة ٠

٨ـ سنن الترمذي : لمحمد بن عيسى الترمذي المتوفي سنة ٢٧٩هـ ط الحلبي ، ط / دار الحديث ٠

٩ـ سنن البيهقي الكبرى : للإمام أحمد بن الحسين البيهقي المتوفي سنة ٤٥٨هـ ط دار المعرفة بيروت ٠

١٠ـ سنن النسائي : للإمام أبي عبد الرحمن بن شعيب النسائي المتوفى سنة ٣٠٣هـ ط دار الكتب العلمية بيروت ٠

١١ـ شرح الموطأ : للإمام مالك ط دار الكتاب العربي بيروت لبنان ٠

١٢ـ صحيح مسلم بشرح النووي لمحي الدين أبي زكريا يحيي بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ ط دار الفكر بيروت لبنان ٠

١٣ـ فتح الباري شرح صحيح البخاري لشيخ الإسلام أبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفي سنة ٨٥٢هـ ٠

١٤ـ علوم الحديث ومصطلحه للدكتور / صبيح الصالح ط دار العلم بيروت ٠

١٥ـ مسند الإمام أحمد بن حنبل بن هلال الشيباني المتوفي سنة ٢٤١هـ وبهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال ط دار صادر بيروت ٠

١٦ـ نصب الراية لأحاديث الهداية للحافظ عبد الله بن يوسف الحنفي المتوفي سنة ٧٦٢ هـ ط دار الحديث ٠

١٧ـ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفي سنة ١٢٥٥هـ ط دار الكتب العلمية بيروت ٠

١٨ـ الموطأ : للإمام مالك بن أنس ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي ط عيسى الحلبي القاهرة ٠

رابعاً : كتب الأصول :

١٩ـ أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي للدكتور / مصطفى ديب البغا ط دار القلم دمشق الطبعة الثالثة سنة ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م ٠

٢٠ـ إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للإمام الحافظ محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفي سنة ١٢٥٥هـ مؤسسة الكتب الثقافية بيروت ٠

٢١ــ أصول التشريع الإسلامي : علي حسب الله ط الثالثة .

٢٢ــ أصول السرخسي : لأبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي المتوفي سنة ٤٩٠هــ ط دار المعرفة بيروت .

٢٣ــ أصول الفقه الإسلامي للشيخ محمد أبي النور زهير .

٢٤ــ أصول الفقه الإسلامي لمحمد مصطفى شلبي ط دار النهضة العربية بيروت سنة ١٤٠٦هــ .

٢٥ــ البلبل في أصول الفقه للطوفي ط / الإمام الشافعي بالرياض الطبعة الثانية سنة ١٤١٠هــ .

٢٦ــ البرهان : لإمام الحرمين تحقيق د / عبد العظيم محمود الديب ط الثالثة سن ١٤١٢هــ ط الوفاء للطباعة بالمنصورة .

٢٧ــ الإبهاج في شرح المنهاج : لشيخ الإسلام على بن عبد الله الكافي وولده تاج الدين السبكي تحقيق د / شعبان إسماعيل ط مكتبة الكليات الأزهرية .

٢٨ــ البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي ط وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت .

٢٩ــ الإحكام في أصول الإحكام للآمدي لسيف الدين علي بن محمد الآمدي المتوفي سنة ٦٣١هــ .

٣٠ــ الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم : محمد علي بن حزم الأندلسي تحقيق لجنة من العلماء ط دار الحديث .

٣١ـ الأدلة المختلف فيها وأثرها في الفقه الإسلامي للدكتور / عبد الحميد أبي المكارم نشر دار المسلم بالقاهرة ٠

٣٢ـ الاعتصام : للإمام أبي إسحاق الشاطبي الناشر المطبعة التجارية ٠

٣٣ـ الأصول التي اشتهر انفراد إمام دار الهجرة بها رسالة دكتوراه إعداد فاتح محمد موجود بمكتبة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة ٠

٣٤ـ الآيات البينات : لأحمد بن قاسم العبادي الشافعي ٠

٣٥ـ بحوث في الأدلة المختلف فيها أد/ محمد السعيد عبد ربه٠

٣٦ـ بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي للدكتور / محمد فتحي الدريني ٠

٣٧ـ تأسيس النظر للدبوسي ٠

٣٨ـ تخريج الفروع على الأصول للأسنوي : للإمام جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي المتوفي سنة ٧٧٢هـ تحقيق / محمد حسن هيتو ط مؤسسة الرسالة بيروت لبنان ط الثالثة سنة ١٤٠٤هـ ٠

٣٩ـ تشنيف المسامع لمحمد بن بهادر بن عبد الله تحقيق / عبد الله ربيع ، و د / سعيد عبد العزيز ط مؤسسة قرطبة القاهرة ٠

٤٠ـ التحقيق شرح المنتخب

٤١ـ التقرير والتحبير على تحرير بن الهمام في علم الأصول لمحمد بن محمد المعروف بابن أمير الحاج المتوفي سنة ٨٧١هـ ٠

٤٢ـ تنقيح الفصول في الأصول للقرافي شهاب الدين أبو العباس المتوفي سنة ٦٨٤هـ ٠

٤٣ـ تقرير الشربيني على جمع الجوامع لابن السبكي

٤٤ـ تيسير التحرير : لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحنفي شرح كتاب مختصر التحرير لابن الهمام ط مصطفي الحلبي ٠

٤٥ـ التلويح على التوضيح لمتن التنقيح للعلامه سعد الدين التفتازاني المتوفي سنة ٧٩١هـ ط صبيح بالقاهرة ٠

٤٦ـ التهذيب للبغوي ٠

٤٧ـ العرف والعادة : لأحمد فهمي أبو سنة ط الأزهر ٠

٤٨ـ الغيث الهامع شرح جمع الجوامع للشيخ أحمد بن الحسن العراقي المتوفي سنة ٨٢٦هـ رسالة دكتوراه تحت رقم ٣٠٨٠ ٠

٤٩ـ الاستصحاب عند الأصوليين أد/ أحمد عبد العزيز السيد ط / مكتبة بداري بأسيوط سنة ١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م ٠

٥٠ـ حاشية البناني : على شرح الجلال المحلي على متن جمع الجوامع لابن السبكي ط مصطفى الحلبي بمصر سنة ١٣٥٦هـ ٠

٥١ـ حاشية التفتازاني : وهو للعلامة سعد الدين التفتازاني المتوفى سنة ٧٩١هـ على شرح القاضي عضد الملة والدين ط الناشر الكليات الأزهرية ٠

٥٢ـ حاشية العطار : للإمام حسن العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع للإمام ابن السبكي ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان ٠

٥٣ـ روضة الناظر وجنة المناظر للإمام عبد الله بن أحمد ابن قدامه المقدسي المتوفى سنة ٦٢٠هـ ط دار الفكر العربي٠

٥٤ـ شرح البدخشي : المسمى بمنهاج العقول للإمام محمد بن الحسن البدخشي وهو شرح لمنهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي ط محمد علي صبيح وأولاده بمصر٠

٥٥ـ شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول : للإمام شهاب الدين القرافي المتوفي سنة ٦٨٤هـ تحقيق / عبد الرؤوف سعد ط الكليات الأزهرية ٠

٥٦ـ شرح العضد على مختصر المنتهى : وهو للقاضي عضد الملة والدين المتوفي سنة ٧٥٦هـ لمختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب تحقيق د / شعبان محمد إسماعيل الناشر الكليات الأزهرية ٠

٥٧ــ شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع رسالة دكتوراه للباحث / منتصر محمد عبد الشافعي بكلية الشريعة بالقاهرة ٠

٥٨ــ شرح اللمع : للشيرازي إبراهيم بن على بن يوسف تحقيق د/ عبد الحميد تركي ط دار الغرب بيروت ٠

٥٩ــ شرح المنار وحواشيه : للعلامه عز الدين عبد اللطيف على متن المنار للإمام أبي البركات النسفي ط دار السعادات سنة ١٣١٥هــ ٠

٦٠ــ ضوابط المصلحة للدكتور / سعيد البويطي ط المطبعة الأميرية دمشق ٠

٦١ــ فتح الغفار بشرح المنار المعروف بمشكاة الأنوار في أصول المنار لابن نجيم الحنفي ط دار الفكر ٠

٦٢ــ قواعد الأصول ومعاقد الفصول لعبد المؤمن البغدادي تحقيق د / علي عباس الحكمي ط إحياء التراث الإسلامي جامعة أم القرى ٠

٦٣ــ قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام ٠

٦٤ــ قاعدة سد الذرائع وأثرها في الفقه الإسلامي د / محمد حامد عثمان ٠

٦٥ــ كشف الإسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي للإمام أحمد البخاري المتوفي سنة ٧٣٠هــ ط دار الكتاب بالقاهرة ٠

٦٦ـ كشف الأسرار على المنار لابن نجيم ط مصطفى البابي الحلبي سنة ١٣٥٥هـ ٠

٦٧ـ اللمع في أصول الفقه : تأليف الإمام الشيرازي المتوفي سنة ٤٧٦هـ ط البابي الحلبي ٠

٦٨ـ المستصفي من علم الأصول : لحجة الإسلام الغزالي المتوفي سنة ٥٠٥هـ ، ومعه فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت ط دار الكتب العلمية ٠

٦٩ـ المنخول : للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفي سنة ٥٠٥هـ تحقيق / محمد حسن هيتو ط دار الفكر العربي بدمشق ٠

٧٠ـ المعتمد : لأبي الحسين محمد بن علي البصري المعتزلي المتوفي سنة ٤٣٦هـ ط / دار الكتب العلمية الطبعة الأولى٠

٧١ـ المحصول : للإمام فخر الدين محمد بن عمر الرازي المتوفي سنة ٦٠٦هـ تحقيق د / طه جابر فياض ٠

٧٢ـ المدخل الفقهي العام : للدكتور / مصطفى الزرقا الطبعة التاسعة ٠

٧٣ـ مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه للشيخ عبد الوهاب خلاف ٠

٧٤ـ الموافقات في أصول الشريعة : للشاطبي : أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي تحقيق الشيخ/ عبد الله دراز ط دار الفكر العربي ٠

٧٥ـ نشر البنود على مراقي السعود للشنقيطي : عبد الله بن إبراهيم ط / دار الكتب العلمية بيروت الطبعة الأولى سنة ١٤٠٩هـ / ١٩٨٨م ٠

٧٦ـ نزهة الخاطر العاطر : للشيخ عبد القادر أحمد بن مصطفى بدران الرومي الدمشقي الناشر الكليات الأزهرية ٠

٧٧ـ نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول لجمال الدين عبد الرحيم الإسنوى المتوفى سنة ٧٧٢هـ، ومعه منهاج العقول ط دار الكتب العلمية ط الأولى ٠

٧٨ـ المسودة في أصول الفقه لابن تيمية ط المدني المؤسسة السعودية بمصر

رابعاً : كتب الفقه :

أ. كتب الفقه الحنفي :

٧٩ـ الهداية وشروحها ـ العناية على الهداية ، سعدي جلبي على العناية ، وأصلها البداية ط المطابع الأميرية ببولاق سنة ١٣١٥هـ ٠

٨٠ـ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للفقيه علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ ط / بيروت ـ لبنان ٠

٨١ـ الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد علاء الدين محمد ابن عبد الواحد المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١هـ ط الحلبي ٠

٨٢ـ الأشباه والنظائر لابن نجيم ٠

٨٣ـ تحفة الفقهاء للسمرقندي تحقيق زكي عبد البر ط الأولى ٠

ب ـ كتب الفقه المالكي :

٨٤ـ الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير وهو بهامش حاشية الدسوقي لابن عرفه العدوي ط عيسى البابي الحلبي ، ط / بيروت لبنان ٠

٨٥ـ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد المتوفي سنة ٥٩٥ هـ ط دار المعرفة بيروت ٠

٨٦ـ تبصرة الحكام لابن فرحون على هامش فتح العلي المالك ط مصطفى البابي الحلبي ٠

٨٧ـ القوانين الفقهية لمحمد بن أحمد بن جزي المالكي المتوفي سنة ٧٤١هـ بتحقيق الشيخ / عبد الرحمن حسن محمود ط عالم الفكر ٠

ج ـ كتب الفقه الشافعي :

٨٨ـ الأم : للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفي سنة ٢٠٤هـ مع مختصر المزني المتوفي سنة ٢٦٤هـ ط دار الشعب ٠

٨٩ـ المجموع شرح المهذب : للإمام زكريا محيي الدين النووي المتوفى سنة ٦٧٦هـ ط دار الفكر .

٩٠ـ المنهاج للنووي مع مغني المحتاج للخطيب الشربيني ط مصطفى البابي الحلبي .

٩١ـ تهذيب الأسماء واللغات لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان .

٩٢ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ط دار الفكر الطبعة الثانية سنة ١٩٨٥م .

د . كتب الفقه الحنبلي :

٩٣ـ المغني والشرح الكبير : لأبي محمد بن أحمد بن محمد بن قدامه المتوفي سنة ٦٢٠هـ على مختصر أبي القاسم عمر ابن الحسين الخرقي ط بيروت .

٩٤ـ غاية المنتهى طبعة المكتب الإسلامي في دمشق .

و . التراجم العلمية :

٩٥ـ ابن حنبل للشيخ محمد أبى زهره ط دار الفكر العربي .

٩٦ـ أبو حنيفة للشيخ محمد أبى زهره .

٩٧ـ مالك للشيخ محمد أبى زهرة .

خامساً : كتب قواعد الفقه :

٩٨ـ الفروق : للإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس ابن عبد الرحمن المشهور بالقرافي المتوفى سنة ٦٨٤هـ ط عالم الكتب ، بيروت ٠

٩٩ـ الاستذكار : لأبي يوسف عبد الله بن عبد البر ط الأهرام التجارية سنة ١٩٧٣م ٠

١٠٠ـ الأشباه والنظائر للسبكي تحقيق الشيخ عادل عبد الجواد ط / الكتب العلمية ٠

١٠١ـ تهذيب الفروق والقواعد السنية لمحمد علي بن المرحوم الشيخ / حسين مفتي المالكية ط / دار المعرفة بيروت ٠

سادساً : المؤلفات الحديثة :

١٠٢ـ أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة ط / دار الفكر العربي

١٠٣ـ الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور / وهبه الزحيلي ط الثانية٠

١٠٤ـ مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه للشيخ عبد الوهاب خلاف ط / دار الكتب العربي ٠

١٠٥ـ قاعدة سد الذرائع وأثرها على الأحكام الشرعية ؟د / محمود أحمد عبد الله بمكتبة كلية الشريعة والقانون بأسيوط تحت رقم ٦٣٣ ٠

سابعاً : كتب اللغة العربية :

١٠٦ـ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للفيومي ط المكتبة العلمية بيروت .

١٠٧ـ المعجم الوسيط إعداد مجمع اللغة العربية بالقاهرة ـ ط / دار المعارف .

١٠٨ـ تاج العروسين من جواهر القاموس لمحيي الدين أبي الفيض محمد مرتضى الزبيدي ط الخيرية .

١٠٩ـ لسان العرب لجمال الدين محمد بن بكر بن منظور المتوفي سنة ٧١١هـ ط دار المعارف .

١١٠ـ مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ط دار المعرفة .

رابعاً : فهرس الموضوعات

الموضوع	رقم الصفحة
	١٦٨